FILOSOFIA, POLITICA Y DERECHO — 3
Dirigida por Alejandro Gálvez y Óscar Correas

Óscar Correas

KELSEN
Y LOS MARXISTAS



Primera edición en Coyoacán: 1994

Av. Hidalgo No. 47-2 — Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán — 04100 México, D.F.
Teléfonos 659-71-17 y 659-79-78 Fax 658-42-82

ISBN-970-633-062-3

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

Para mis tres maestros: Alfredo Fragueiro,
Nimio de Anquín y Óscar del Barco

PRÓLOGO

I

Este libro es la culminación de un largo camino que comienza en una Facultad de Derecho en que la Filosofía del Derecho era jusnaturalista, como en gran parte de América Latina por lo demás. Desde tal filosofía, Kelsen es visto como un enemigo formidable. Con toda razón, desde luego. Pero la cuestión es que el estudio de Kelsen resulta parcial y notoriamente injusto. Como se sabe, según los junsnaturalistas Kelsen se niega a tratar los problemas de la justicia en el derecho.

Pero no mejor suerte les cabe a quienes han tomado contacto con Kelsen en cátedras controladas por kelsenistas. En este caso, también se trata de un estudio parcial, puesto que Kelsen resulta un pensador a—político, alguien que ha dedicado su vida a hacer que la ciencia del derecho no se contamine con nada. Es decir, que se ocupe solamente de describir normas válidas. Lo cual convierte a Kelsen en su contrario: un apologeta del estado y el poder tal cual es.

En el poco frecuente caso de que haya un acercamiento a Kelsen desde una posición marxista, la suerte es parecida, puesto que, como es sabido, es tradicional para los juristas de esta corriente presentar a Kelsen como quien promueve una ciencia jurídica que no se ocupa, ya no de la justicia, sino de las relaciones sociales que determinan el contenido de las normas. Lo cual es cierto, por otra parte, pero sólo por lo que hace a lo que Kelsen propone para la dogmática jurídica: jamás ha dicho que no hay que estudiar la causa y el contenido de las normas jurídicas. Esta actitud marxista tiene su origen en esa insólita pretensión de que, cual Moisés, Marx tenía que haber dejado dicho todo acerca de todo, y por lo tanto también tuvo que haber dejado una teoría general del derecho. Que, obviamente, tenía que dejar descolocadas como "burguesas" a todas las demás.

Este libro es fruto de un camino que, partiendo del jusnaturalismo, pasando por el marxismo, ha llegado, finalmente, a la convicción de que el pensamiento de Kelsen, no sólo no es

contradictorio con el de Marx, sino que resulta complementario, si se aceptan las mutuas correcciones que resultan necesarias.

II

Pero el marxismo de que se trata, no puede ser el marxismo—leninismo, es decir, el marxismo que la vulgata staliniana convirtió en "oficial", por más que resulta evidente que un marxismo oficializado por un estado es una contradicción en los términos.[1] El marxismo que puede entenderse con Kelsen es el de una izquierda que haya abandonado completamente el autoritarismo y la estatolatría; una izquierda que acepte considerar, como bien lo recuerda Kelsen, las raíces libertarias del pensamiento socialista. De otra manera, desde luego que no podrá haber arreglo alguno entre Kelsen y el marxismo.

Los marxistas, en América Latina, sólo desde hace muy poco —digamos 20 años— han comenzado a preocuparse por el derecho. La razón, creo, consiste en que sólo muy recientemente han comenzado a pensar seriamente en la democracia. Luego de las derrotas del izquierdismo guerrillerista, parece lógico pensar que se haya vuelto hacia la tradición socialista de la lucha por la democracia. Y es en tal contexto que el derecho cobra importancia; puesto que la democracia no puede sino ser un conjunto de normas y una cultura suficiente para respetarlas. Es decir: el derecho sólo puede interesar a los socialistas únicamente optando por la democracia parlamentaria como forma de hacer política. Eso, en América Latina, fue olvidado por muchos años.

Es en esta perspectiva que resulta imprescindible una revisión de las siempre conflictivas relaciones entre Kelsen y Marx.

1 Este prólogo fue escrito en 1988.

III

El presente libro está constituido por un conjunto de artículos destinados a repasar la polémica Kelsen—Marx, la mitad de los cuales fueron publicados en revistas. A pesar de todos los intentos, esto resulta evidente y es la explicación de que no haya podido evitar algunas repeticiones, y que incluso el orden de los capítulos y temas pudiera no ser el lógicamente correcto, ya que he preferido conservar el orden cronológico de los trabajos. También creo posible que resulten evidenciadas, por eso, las transformaciones ocurridas entre el primer trabajo y el último, en la comprensión y paulatina aceptación, al final casi total, de Kelsen.

A diferencia de otros lectores, marxistas y no marxistas, lo que me resulta apasionante de Kelsen, es su posición política. O mejor, su *Filosofía Política*. Es decir, su penetrante denuncia de la vacuidad del estado; su perenne ataque contra toda forma de fetichización del poder. Y, contrariamente a otros lectores, he encontrado este Kelsen en el libro que precisamente parece que escribió para que la *Ciencia Jurídica* se independice de toda política. Claro que este tema está en todas sus obras. Pero ninguna otra me resultó tan clarificadora al respecto, con excepción tal vez de *Dios y Estado*, como la *Teoría Pura del Derecho* de 1960.

IV

Haber podido llegar a esta lectura de Kelsen —después de todo, este libro no es otra cosa que un conjunto de apuntes de lectura—, me ha sido posible en virtud de las enseñanzas de dos maestros a quienes quiero mencionar. Oscar del Barco guió, en la Universidad de Puebla, a fines de los setenta, una fructífera lectura de Marx que permitía arribar a cierto marxismo que luego no podría sino ser compatible con cierto kelsenismo. Y la lectura

de diversos textos de Roberto Vernengo, aparentemente muy técnicamente jusfilosóficos, me mostró, o yo leí en ellos, estos otros sectores de Kelsen ausentes en otras lecturas que realizan otros comentaristas. Debo agregar el recuerdo de conversaciones con Gustavo Cosacov y lecturas de Juan-Ramón Capella. Por lo demás, se trata del fruto de lecturas producidas en una gran soledad intelectual, con lo cual no estoy tratando de disculparme.

Con posterioridad encontré confirmación en la legitimidad de mi lectura de Kelsen en textos de Enrique Marí. Por otra parte también, a medida que avanzaba en la lectura, comencé a descubrir artículos en revistas, casi siempre un tanto ocultos para quien no busca exactamente lo mismo que el autor de ellos, en los cuales comprobé que en realidad mis preocupaciones no tenían nada de excepcionales, afortunadamente. Cuando menos conocí, a mitad de camino, dos trabajos sobre Kelsen y Marx, de Juan Ruiz Manero y Riccardo Guastini que incorporé en *El otro Kelsen*. Respecto de estos dos últimos autores y trabajos, a decir verdad, no podría detallar cuál es la deuda con cada uno; afortunadamente, por lo demás: creo que, con la desazón propia de quien no tiene nada nuevo qué decir, sus conclusiones han ido siendo incorporadas a medida que avanzaba mi lectura.

V

Desde luego, no me hago ilusiones respecto del recibimiento de estos apuntes, si consiguen lectores, de parte de marxistas y kelsenistas. Estimo que seguirá existiendo entre ambos una barrera constituida, tanto por la necesidad del control de las cátedras e institutos por parte de los kelsenistas, como por el rechazo de los marxistas a las posiciones antiestatalistas. En suma, de ambas partes, por una notable falta de espíritu democrático. Desde luego que deseo equivocarme.

VI

Estos artículos están también permeados por la cotidiana discusión con mis compañeros de trabajo, de profesión politólogos y sociólogos. Durante estos años llegué a la conclusión de que el más importante de los teóricos del estado de este siglo es Kelsen. Sin embargo, es absolutamente desconocido por quienes dicen estudiar la sociedad y el estado. La discusión con sociólogos y politólogos comienza siempre con nuestra insistencia en, y su negativa a, considerar el derecho como fenómeno relacionado con el poder. Pero al principio, su jerga, la seguridad con que hablan del estado, el prestigio de que gozan estas ciencias, hacen aparecer a cualquier intento de agregar el tema jurídico a la cuestión, como ilegítima. Sin embargo, a medida que pasa el tiempo y vamos dejando de lado cierta timidez provocada por el hecho de haber creído durante mucho tiempo que el derecho es nada más que una "superestructura" sin importancia, y mientras más hablan de sus precisiones temáticas los sociopolitólogos, más evidente resulta que no saben de qué hablan. Simplemente afirman que no hay que definir el estado, o bien hablan de él con ejemplos (el estado es el congreso, pero también el poder ejecutivo, pero también los "aparatos"; y las cárceles; y la policía, por supuesto; y el consabido "etcétera" con que acaba la precisión "científica") o bien lo definen como "un conjunto de instituciones —aparatos, dicen— con los cuales la clase dominante ejerce el poder". Y con ello creen haber evitado el tema jurídico, sin jamás haber pensado, al parecer, que las instituciones no pueden ser otra cosa que conjuntos de normas. La lectura de Kelsen arroja como resultado, luego de entender la desfetichización del estado a la que llega, que quienes promueven ese fetichismo son precisamente los sociopolitólogos, de quienes menos cabía esperarlo, y justamente con su estrafalaria creencia de que el estado es una "cosa" en vez de un conjunto de normas, o un discurso, en definitiva. Esta polémica puede explicar algunas expresiones que no son más que la evidencia de mi asombro ante

lo inapropiado de la prestigiada consideración sociopolitológica acerca del estado. Sobra decir que, frente a tales razonamientos, estos colegas simplemente se limitan a informar que, como se trata de juristas, creemos que "todo es derecho" y que, por el contrario, "la sociedad no se agota en el derecho"; lo cual, claro, está fuera de discusión. Esto es: simplemente no comprenden la pregunta por el estado. Que era algo que no sabía, y que nunca me hubiera imaginado. La conclusión de mis lecturas, es que en Kelsen está la respuesta.

Contribuir a que para otros colegas, el viaje desde la Facultad de Derecho hasta estas conclusiones, que después de todo estaban escritas desde hace tanto tiempo, no sea tan largo, constituiría la máxima aspiración del autor de estos apuntes.

Puebla, septiembre de 1988

PROLOGO SEGUNDO

Dios, o mejor, departamento de publicaciones mediante, este libro tiene posibilidades de aparecer a finales de 1992. Un peregrinaje infructuoso por algunas casas editoriales hizo llegar los finales de 1990 sin que este libro consiguiera aparecer. En ese año, el entonces director de este Instituto, Jorge Madrazo, aceptó publicar *El otro Kelsen*, que es un conjunto de materiales reunidos con motivo de mis lecturas. Por la buena acogida a éste, pienso que el presente también puede tenerla. Y la suerte de ingresar ahora a las prensas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se debe a su actual director, José Luis Soberanes, que me ha permitido, no solamente publicar este libro, sino contarme entre los miembros del mismo, todo lo cual quiero agradecerle en este momento. Si el viento me favorece, entonces, espero que vea la luz en 1992. Difícilmente haya menos suerte para publicar libros.

México, enero 1992.

PRÓLOGO TERCERO

Me equivoqué; llegó enero de 1994 y el libro no pudo entrar a las prensas de la UNAM como parecía haber estado previsto. Faltaba una última prueba de la que no salió indemne. Una correctora de estilo, a la que, finalmente, le fue entregado el original para precisamente eso, corregir el estilo, en diciembre de 1993, se permitió opinar, con gran ignorancia del tema por cierto, sobre el contenido de esta obra, comparándola con la pornografía de los kioskos callejeros de revistas.

Me pareció demasiado. Que un corrector de estilo se permita decir algo así, en una universidad, es lamentable. Le pedí al director, el Dr. José Luis Soberanes que me permitiera retirar la obra, a lo cual accedió. Pero me autorizó a indicar, en cualquier eventual publicación, que el Instituto de Investigaciones Jurídicas participaba como coeditor. Me resta agradecer a la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca el apoyo y la confianza para esta edición.

México, enero de 1994

OBRAS DE HANS KELSEN CITADAS Y ABREVIATURAS

PCTJE *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, México, Porrúa, 1987, traducción de Wenceslao Roces.

TGE *Teoría General del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, traducción de Luis Legaz y Lacambra.

TPD_{lfr}, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, traducción de Moisés Nilve, 1974.

SyE, *Socialismo y Estado*, México, Siglo XXI, traducción de Alfonso García Ruiz, 1982.

El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, sin fecha. (Se trata de la primera *Teoría Pura del Derecho*).

SyN, *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945.

TGDE, *Teoría General del Derecho y el Estado*, México, UNAM, traducción de Eduardo García Máynez, 1969.

TCDE, *Teoría Comunista del Derecho y el Estado*, Buenos Aires, EMECÉ, 1957, traducción de Alfredo J. Weiss.

TPD, *Teoría Pura del Derecho*, México UNAM, 1986, traducción de Roberto J. Vernengo.

TGN, *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre, Fabris Ed., 1986 traducción de José Florentino Duarte.

DyF, "Democrazia e filosofia" en *I fondamenti della democrazia*, Bolonia, Il Mulino, 1970

EyVD, "Esencia y valor de la democracia" en *Esencia y valor de la democraciua*, México, Editora Nacional, 1974.

"La idea del derecho natural", en *La idea del derecho natural*, México, Editora Nacional, 1974.

"La justicia platónica" en *La idea...*, cit.

"El alma y el derecho" en Oscar Correas (Coord.), *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1990.

"Forma de estado y visión del mundo", en *El otro Kelsen*, cit.

"El concepto de estado y la psicología social. Teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud", en *El otro Kelsen*, cit.

"Dios y estado", en *El otro Kelsen*, cit.

"La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica", en *La Idea...*, cit.

Capítulo I

LAS DIFICULTADES DEL MARXISMO—LENINISMO

En nombre de Marx se han dicho, respecto del derecho y el estado, muchas cosas que en realidad no sabemos si él hubiera aceptado como propias. Se trata sobre todo de *interpretaciones* de su pensamiento, de lo que él verdaderamente dejó escrito, y que muy pocas veces se refieren sistemáticamente a este problema.

Entre estas interpretaciones se cuenta el llamado *marxismo-leninismo*, también conocido como *materialismo dialéctico* cuando se refiere al universo y sus alrededores, y *materialismo histórico* cuando se refiere exclusivamente a la sociedad. Puede decirse que éstas son denominaciones dadas oficialmente por el stalinismo al pensamiento de Marx "completado" por Lenin. Desde luego, este marxismo—leninismo tiene su apoyo en textos del mismo Marx, y sobre todo de Engels, a quien ilegítimamente, y en desmedro de su propio talento y de su propio aporte al pensamiento socialista, ha sido identificado con Marx.

El marxismo—leninismo es una interpretación del pensamiento marxiano que se ha revelado simplificadora, y, por ello, impropia para explicar, entre otros fenómenos, el derecho. En este capítulo nos detendremos en la exposición y crítica de algunos sectores de esta vulgata marxista denominada *materialismo histórico* o *marxismo leninismo,* que, es de esperar, tiene ya sus días contados como la doctrina oficial del estado soviético.

1. Los motivos fundamentales de la vulgata marxista.

1.1. *Ciencia marxista versus ideología burguesa*

Esta versión del marxismo se autotitula única ciencia "verdadera" —en oposición a la simple "ideología" burguesa— que conduce a la única explicación "objetiva" de la sociedad. Pero no sólo de la sociedad, sino que, en tanto *materialismo—dialéctico*,

pretende explicar "las leyes más generales del movimiento en el universo". Marx era más modesto, y hacia el final de su vida escribió que su obra más importante constituía una análisis del movimiento histórico de algunos países de Europa Occidental.[1]

Esta ciencia garantiza el arribo a la verdad, a condición de seguir un "método", llamado "dialéctico", del que nunca termina de saberse exactamente en qué consiste. Sólo queda bien claro que los teóricos burgueses no lo usan y por eso están equivocados. La ciencia social marxista usa el "método" del "materialismo histórico", que consiste en la descripción de ciertas categorías —estructura, relaciones de producción, fuerzas productivas, etcétera, y un esquema bastante baladí acerca del desarrollo histórico de la humanidad a través de cinco modos de producción que se suceden "lógicamente". Ciertamente, esta "teoría" está en retroceso, pero no deja de todos modos de continuar estorbando en la tarea de pensar el derecho a partir de ciertos sectores de la obra de Marx.

1.2. *Estructura y superestructura*

Por lo que nos interesa respecto de derecho, la vulgata marxista no ha hecho grandes esfuerzos por superar la lamentablemente siempre bien recordada metáfora del fundamento económico y la superestructura jurídico—política e ideológica. Según esta interpretación, la base económica es la realidad y las superestructuras un reflejo engañoso, una fantasmagoría. Se procede con esto a recuperar un dualismo lamentable, donde la economía es algo así como el cuerpo, y la superestructura algo así como el alma, sólo que "a diferencia del idealismo", se dice, el materialismo histórico postula que es el cuerpo el que gobierna el alma. En realidad no es así porque resulta que "el cuerpo", "lo real" se mueve de la misma manera que se mueve el pensamiento: por "contradicciones". Es una visión del mundo maniquea, que cree que todo en el universo responde a parejas con-

[1] Véase "Karl Marx a Vera Zasúlich", carta del 8—III—1981, en Marx, K., y Engels, F., *Escritos sobre Rusia, II, El porvenir de la comuna Rusa*, México, PyP número 90, 1980, p. 60.

ceptuales, como creían los primeros filósofos griegos. No hace una diferencia entre los fenómenos observables y el pensamiento, aunque precisamente sostiene que era Hegel quien no lo hacía. Todo en el universo sucede de la misma manera en que sucede en el pensamiento: "dialécticamente", es decir, moviéndose entre extremos que son vistos como "contrarios". Respecto del estado y el derecho también existen, para esta visión del mundo, un grupo de parejas conceptuales con las cuales se piensan estos fenómenos. Pero resulta que no sólo se piensan sino que también los fenómenos se mueven así. Es decir, las parejas conceptuales coinciden con los fenómenos. Así es como el fenómeno político se mueve de la base hacia la superestructura, de la realidad al engaño, de la economía a la ideología. Por eso es que cada uno de estos segundos términos se explica a partir del estudio de los primeros términos. Pero, como en realidad no se trata *solamente* de una relación de explicación, sino de una relación ontológica, resulta un dualismo comparable al de alma—cuerpo. Las parejas son

superestructura—base económica

determinante—determinado

realidad—engaño

ideología = alma

economía = cuerpo

La idea es que, a diferencia del "idealismo" hegeliano, el "materialismo" marxista pone las cosas "sobre sus pies" y lo jurídico político pasa a ser "lo determinado", no "lo determinante", como "creen los idealistas".

1.3. *El derecho como ideología—fantasmagoría*

El derecho es entonces "producto" de las relaciones de producción. De esto se obtiene algunas conclusiones:

1.3.1. Es una "fantasmagoría". Algo así como una engañifa con la que la clase dominante presenta sus intereses como "lo justo", y lo apoya con la fuerza, legitimada precisamente por ser el derecho eso mismo "que debe ser", lo justo.

1.3.2. *Es un "reflejo" de la base económica.*

1.3.3. *Por lo tanto, cuando cambia la base económica, cambia el derecho.*

1.3.4. *Y si la base económica es comunista, el derecho "se extingue".*

1.3.5. *Como la sociedad capitalista está dividida en clases antagónicas, el derecho es establecido por la "voluntad" de la "otra" clase, la dominante, que lo usa como "instrumento" de explotación.*

1.3.6. *Si el derecho es un reflejo engañoso de la "realidad" —lo económico—, entonces, de suyo, no es interesante reflexionar acerca de ello. En efecto, ¿qué conoceríamos de la "verdadera" realidad acercándonos a algo que es su reflejo engañoso?*

1.3.7. *Y por último, si el derecho cambia al cambiar la base ¿qué importancia puede tener?* Si de lo que se trata es de cambiar la sociedad, si eso es igual a cambio en lo económico, en las "relaciones sociales" ¿acaso no hay que esperar a que eso suceda para que el derecho y los juristas se vean obligados a transformarse? Este es un pensamiento que no toma en cuenta la fuerza que el pensamiento, la normatividad, tiene en el desarrollo de las relaciones sociales. Las relaciones sociales son vistas como algo a lo que "se le agrega" la normatividad, como un sombrero que se quita o se pone; el derecho es como un "postizo". Parece como si los hombres vivieran en una película muda, donde hay movimiento pero no palabras; donde hay "relaciones sociales" sin que haya al mismo tiempo el pensamiento acerca de eso mismo. Como si los hombres "se relacionaran" sin captar esas relaciones como "debidas" o buenas, o "indebidas" o malas.

2. *Las dificultades del marxismo—leninismo*

Todo esto, al ser aplicado al análisis del derecho, conlleva un gran número de dificultades. Veamos algunas.

2.1. *El derecho como "reflejo" de lo "real"*

Como el derecho es ideología, es algo distinto de lo "real" que es lo económico. Es algo así como un espejo que refleja o "expresa" las relaciones de producción. Esto es correcto: sin duda que el fenómeno mental, la norma, no es lo mismo que las conductas de los individuos. Pero el problema consiste en que, por ejemplo, el derecho no refleja la explotación de que son objeto los trabajadores. Si la "reflejara" aparecería paladinamente lo que debe quedar precisamente oculto a los ojos del dominado. Lo interesante es precisamente que el derecho es eficaz —esto es, consigue que se produzcan las conductas que ordena— a pesar de que no "refleja" las relaciones sociales. Pero tampoco es una engañifa o "irrealidad" porque si fuera eso solamente, sería difícil explicar que sea causa de conductas. Requiere, el derecho, una explicación mucho más complicada que dé cuenta de ambas cosas: no es un "reflejo" fiel de las relaciones sociales, ni una engañifa de las clases dominantes, pero es *eficaz*. Para ello hay que recurrir a la consideración del derecho como lenguaje, lo cual no está considerado dentro de la vulgata del marxismo-leninismo.

2.2. *El derecho como "producto" de la realidad*

Si el derecho es un "reflejo" de la realidad social, entonces es un *producto* suyo. Es "producido" por las relaciones sociales. Esto implica que el derecho, "reflejando" la realidad social, es "adecuado" a ella. Las normas que reflejan ciertas relaciones sociales, que "producen" esas normas, son "lo adecuado" para *esa* sociedad. Si las relaciones sociales producen sus propias normas, estas normas son las apropiadas, —"adecuadas"—, para esa realidad. Esta posición, "sociologista" llamémosle, conduce a la conclusión, sumamente común, de que el derecho siempre "va adecuándose" a la realidad, de modo que siempre resulta

"apropiado" ¿Se necesita algo más para hacer la apología del derecho tal cual es? ¿Qué podría criticarse de un derecho que es el apropiado para las relaciones sociales de que se trata? La conclusión, obligada, es que deben cambiar las relacione sociales para después cambiar el derecho. O sea que el fenómeno jurídico no es importante...

2.3. *El derecho es un elemento "pasivo" de la vida social*

Si las normas son "reflejo" y "producto" de las relaciones sociales, entonces constituyen el elemento *pasivo* de una sociedad. Es ésta una concepción que oculta completamente el hecho de que los hombres actúan de cierta manera porque se sienten compelidos a hacerlo de distintas formas. Por sus deseos e instintos, pero también, en mayor medida, porque así es ordenado por las normas. E incluso las normas son precisamente lo que impide que los hombres sigan sus deseos e instintos. Es una concepción que lo ignora todo acerca del fenómeno de la dominación y de cómo se consigue ésta. Es una concepción "*anti*-política".

2.4. *Las relaciones sociales como conductas no pautadas*

Pero, además, es una concepción que ignora que las relaciones—sociales no pueden ser sino *conductas pautadas*. Quiero decir: si ciertos movimientos humanos pueden ser vistos como "relaciones sociales", esto es, como movimientos humanos que se repiten constantemente, y que por repetirse *reproducen* la sociedad, entonces son movimientos que siguen un "patrón", cuya observación es lo que nos permite decir que son "relaciones sociales". Si no, ¿cómo sabríamos que son relaciones sociales y no movimientos casuales? Ahora bien, si son movimientos "pautados", que conservan un "patrón", ¿no significa eso que sus protagonistas obedecen ciertas normas, o "pautas"? ¿O hemos de creer que es por casualidad que la mayoría de ellos se comporta así?

Frente a esto, seguro que no faltará un sociólogo marxista-leninista que diga que si se comportan todos así, es porque se ven compelidos por la "necesidad económica" —por las "fuerzas sociales" como dicen los sociólogos, creyendo que la palabra

"fuerza" les releva de explicar por qué los hombres actúan de cierta y no de otra manera—, habría que decir que hay en esta objeción una confusión entre la compulsión de las reglas técnicas y la de las normas. La necesidad económica, como fuera la necesidad que el obrero tiene de vender su fuerza de trabajo es ciertamente una compulsión, de la misma manera que lo es la compulsión de caminar para llegar a cierto lugar. Pero no es cierto que el obrero tenga que vender su fuerza de trabajo: puede robar. Si no lo hace es porque *no debe* hacerlo. Si en la sociedad mercantil la necesidad económica hace que los productores independientes tengan que producir para cambiar el día del mercado, eso no quiere decir que tengan que hacerlo por su valor. Pueden robar, o violentar las balanzas por ejemplo. Si no lo hacen es porque *no deben* hacerlo. Pero para poder decir que estamos frente a una sociedad mercantil porque vemos relaciones mercantiles, es necesario que presupongamos las normas que ordenan que, en vez de violentar las balanzas, los productores *cambien por su valor* las mercancías. Entonces es completamente legítimo decir que, si existen relaciones mercantiles, es porque son obedecidas normas que postulan como debidas las conductas necesarias para que esa sociedad se reproduzca como *mercantil*, precisamente. Y esto significa tanto como echar por tierra la idea de que primero son las relaciones y luego las normas, o que las normas son "producto" o "reflejo" de las relaciones, puesto que también es posible decir lo contrario: no habría relaciones sin que se obedezcan las normas que ordenan las conductas necesarias para que haya tales relaciones.

2.5. *El derecho como "irrealidad"*

Si el derecho es reflejo "lo real", entonces ¿es "irreal"? ¿En qué consiste el ser "reflejo"? ¿Cómo puede calificarse de "irreal" lo que es *causa* de conductas reales? Ciertamente puede hablarse de "ideología"; pero no de "irrealidad". Pero entonces es necesario complicar las explicaciones haciendo lugar a la consideración del derecho como lenguaje.

2.6. *El derecho cambia con la base material que le da origen*

Con esta afirmación no hay mayores problemas cuando nos mantenemos en un nivel muy alto de abstracción, de muy poca ayuda para la ciencia, por lo demás. Es más o menos entendible que en el mundo capitalista se desarrolle un derecho diferente al del mundo feudal por ejemplo. Esta es una afirmación corrientemente aceptada por sociólogos e historiadores. El propio Kelsen dice que el derecho subjetivo es una técnica propia de la sociedad capitalista.

Pero los problemas comienzan cuando afinamos el análisis, bajamos el nivel de abstracción, y comenzamos a comprobar que hay contenidos jurídicos que no cambian. Por ejemplo, la represión del robo, la prohibición del incesto, el homicidio, etc. Y la perplejidad puede llegar al máximo cuando nos preguntamos cómo es que la teoría de los contratos del derecho romano es útil para el derecho civil moderno ¿No era que la sociedad esclavista genera un derecho propio, distinto que el de la sociedad capitalista?

Por otra parte, si el derecho cambia sólo cambiando la base económica, entonces, o bien hay que esperar a que eso suceda o bien hay que "cambiar la base". Pero eso ¿qué significa" ¿Acaso "cambiar la base" no es *transformar conductas*? Y eso ¿no implica precisamente otro orden normativo? Es decir: si la "base" está constituída por actos humanos —relaciones de producción— cambiarla significa *ordenar la producción de unos otros actos distintos*. Y eso es precisamente el derecho: un orden coactivo. En realidad no hay transformación económica *seguida* de transformación jurídica: lo menos que hay que aceptar es que son coetáneas.

Esto no quiere decir, como suelen contestar rápidamente los sociólogos ganados por el marxismo—leninismo ante esta dificultad, que si aceptamos eso hay que aceptar también que es suficiente la voluntad de dictar leyes para que todo cambie. Suelen decir que la existencia de normas no es lo que permite el cambio, y que éste debe ser asegurado por la "fuerza" de los movimientos sociales. Esta concepción ingenua, proviene, a mi juicio de dos circunstancias: primero, de no comprender qué quiere decir que el *derecho es un orden de conductas*. No se dan cuenta de que si

hay nuevas conductas es porque quienes las producen están obedeciendo nuevas normas. Segundo, de la baladí comprobación de que "no bastan las normas" se infiere, sin ningún fundamento, que *primero* es "lo económico", lo "real" y después el "reflejo" o la "institucionalización" de los movimientos reales, como si ese "cambio" de "lo real" no requiriese de quien lo postula, o la fuerza para imponerlo o el consenso para internalizar las nuevas pautas de comportamiento, que es *aquello en que consiste el derecho* precisamente: un *orden garantizado por la fuerza*.

Es claro que los cambios no pueden producirse sino *sobre la base de lo que es posible lograr*, y que por lo tanto *un orden coactivo nuevo no tendrá* efectividad en caso de que ordene conductas imposibles. Con este argumento se quiere decir que, si la base económica no presenta con anterioridad la posibilidad del cambio, entonces no habrá derecho capaz de producirlo. Pero esto es algo baladí: es una obviedad que el derecho sólo puede ordenar conductas humanamente —y económicamente si se quiere— posibles, y que no tiene sentido prohibir lo imposible.

2.7. *El derecho es "instrumento" de la clase dominante*

Que el derecho es una especie de engañifa creado astutamente por la clase dominante, es una idea que impide explicar un enorme sector del mundo jurídico contemporáneo. Por ejemplo, ¿en qué le ayuda o le entorpece a la dominación de la burguesía el instituto de la legítima defensa? ¿Y la evicción? ¿Y la teoría de la imprevisión en los contratos? ¿Y el derecho de retención?

Por otra parte, la convicción de que el derecho es cosa propia de los dominadores, desde el punto de vista político es una verdadera estupidez: le deja en sus manos, a los dominadores, sin disputárselo, aquello que precisamente se califica de *intrumento de dominación*. Es un regalo insólito al enemigo esta renuncia al instrumento...

Esto es porque el marxismo—leninismo hace del derecho algo exterior a la política en un acto de increíble incomprensión de lo que es el estado moderno y de cómo las gasta para lograr el consenso que permite la dominación. Esta concepción ignora la radical *naturaleza política* del derecho, o sea la de ser un *espacio*

de lucha política.

El derecho, puede aceptarse, es un instrumento —una técnica de control social, dice Kelsen; pero debe ser la primera vez que una teoría que se autodefine como política y revolucionaria, renuncia a la lucha por la posesión, o al menos la mediatización, de lo que ella misma denomina un instrumento de la dominación del adversario.

2.8. *El derecho es producido por la voluntad de la clase dominante*

Esta idea, pareja de la anterior, también impide ver el carácter político del derecho, en tanto hace de éste, en bloque, un producto que es unívocamente favorable a la clase dominante. Lo cual es una lamentable equivocación política. Le será muy difícil a quien lo intente, probar que el derecho laboral fué impuesto por la voluntad de la burguesía y no por la lucha de los obreros.

En todo caso, si el derecho es favorable en conjunto a la dominación, es precisamente por el *prestigio* que posee "lo justo" en la conciencia de los dominados. Pero ese prestigio se asienta, no es posible negarlo, en ciertas y no pocas bondades que los dominados encuentran en él. Precisamente eso es lo que permite presentar el derecho como un todo unívocamente "justo". De manera que lo inteligente sería precisamente luchar —ideológicamente, se entiende— por mostrar la no univocidad del conjunto normativo, apoyar lo favorable y separarlo de lo desfavorable. Es decir, lo que se llama propiamente *hacer* política...

Pero además, sea cual fuere el referente de la palabra "voluntad", no puede ser algo *colectivo.* No puede querer decir que se trata de la voluntad de una "clase", puesto que sólo los individuos pueden tener algo a lo que pudiéramos llamar *voluntad.* Hablar de "voluntad de las clases sociales" ayuda a esconder a los individuos que son los que, a la cabeza del grupo en el poder, imponen sus designios. Ignorarlo es hacer esfumar al adversario de carne y hueso, que es contra quien se puede luchar en concreto; porque contra "la clase" social no se puede luchar; se puede *interpretar* que ciertos movimientos humanos son "lucha de clases"; pero los que luchan, lo hacen contra seres humanos perfectamente individualizados.

2.9. *La simplificación "voluntad de la clase dominante—producción de normas"*

Esta simplificación según la cual el derecho es producto, a veces de las relaciones de producción, a veces de la "voluntad" de la clase dominante, postula la necesidad de hallar siempre mediaciones. ¿Cómo es que esa voluntad se convierte en normas? La respuesta es casi siempre una simplificación que recurre a la corrupción de los legisladores, a la fuerza, a la extracción de clase del funcionario gobernante, etcétera.

Y, paradójicamente, esta simplificación ignora, a su vez, el papel de los individuos. Ignora el rol que, en la producción de normas y en la ideología acerca de ellas, cumplen los juristas individuales, las jefaturas de los institutos de las facultades de jurisprudencia, las revistas, los libros, que son siempre individuales. Ignora totalmente la existencia de la lucha ideológica, del movimiento de ideas que se produce en el tráfico intelectual; en suma, nuevamente, ignora *la política*.

2.10. *El derecho se extinguirá al extinguirse la propiedad, la explotación y la lucha de clases*

Esta tesis es bien conocida y no es necesario reproducirla aquí. El razonamiento es éste: al aparecer la propiedad privada, sucede la división de la sociedad en clases, de manera que los propietarios explotan a los despojados. Aquellos utilizan el derecho entre otros instrumentos de dominación. Por lo tanto, si desaparece la propiedad, desaparecerán las clases y no será necesario el instrumento. El razonamiento no es malo si de causalidad se trata. Pero es tautológico, simplificador, constituye una utopía y oculta ciertas cosas.

En primer lugar es tautológico. Porque hace al derecho producto de la propiedad privada, *como si la propiedad privada no fuera un conjunto de normas jurídicas*.

En segundo lugar, es simplificador por lo ya dicho: el derecho resulta un instrumento en manos de la clase dominante.

En tercer lugar, constituye una utopía, no en el sentido de que sea "ilusorio", sino en el sentido de ser una adivinación acerca del futuro, por más que se autopostule como originado en

el estudio de las contradicciones objetivas de la sociedad actual. La idea de que el derecho se extinguirá, en Marx y Engels, proviene, irrefutablemente, de una *Filosofía de la Historia*, en la que Engels, más que Marx, creyó hasta su muerte. Y no deja de ser una idea religiosa. En descargo de Marx, hay que decir que existen textos de la última época de su vida en los que mostraba cierto pesimismo acerca de la ineluctabilidad de la historia universal.

En cuarto lugar oculta ciertas cosas. Por ejemplo, oculta la naturaleza ética del hombre, y el *dominio* que algunos hombres ejercen sobre otros en *toda* sociedad de la que se tenga noticia.

Acerca de lo primero, la naturaleza ética del hombre, aunque sea aceptar una *naturaleza humana*, hay que reconocer que no se han descubierto sociedades que hayan prescindido de la técnica que consiste en dar sentido deóntico a las conductas humanas. A todas las conductas que pueden ser vistas como favorables o desfavorables para la reproducción del grupo social se les asigna un sentido: debida-buena, o indebida-repudiable. Pero además, a un gran número de conductas que no pueden verse, o sería muy difícil ver, como relacionadas con la reproducción, se les adjudica también un valor deóntico. Puede, sí, que haya alguna conducta que, o no tenga valor deóntico —posiblemente sean muy pocas—, o bien que sea pensada sin pensar al mismo tiempo en su valor deóntico. Pero esto último sucede tal vez en la mente del sociólogo, pero no en la conciencia de los participantes o actores del grupo. Los participantes en una sociedad siempre otorgan un sentido a las conductas. E incluso puede haber varios sentidos según los subgrupos en que se divide el grupo. Pero seguramente uno de ellos está en condiciones de imponer *su* sentido. Es decir, no conocemos ejemplos de grupos humanos que prescindan de la normatividad. Esto, sin duda, es reconocer una naturaleza humana, una *esencia* del hombre.[2]

Acerca de lo segundo, el fenómeno de la dominación en general, la idea de que el derecho desaparecerá contribuye a

[2] Ciertamente se trata de un jusnturalismo. Pero uno que postula que en toda sociedad humana hay normas, sin que ello equivalga a decir que debe haber normas de tal o cual contenido.

ocultar formas de dominio que no están necesariamente fincadas en la disposición de medios materiales. Contribuye a ocultar la *voluntad de dominio* que parece otra constante humana que también puede conducirnos a aceptar una *naturaleza del hombre en general.*

3. *¿Qué aceptar por "marxismo?*

Como en el caso de cualquier otro gran pensador, en el caso de Marx no puede decirse que haya *marxismo*, sino que, en todo caso, hay que decir que hay *marxistas*; esto es, distintas lecturas y tradiciones. Por ejemplo, no cabe duda de que la lectura gramsciana no es igual que la staliniana, ni los intereses de los marxistas latinoamericanos coinciden con los de los europeos; que la tradición rusa no es lo mismo que la inglesa; o que aquella que inauguró el castrismo no es igual a la que sigue Sendero Luminoso. Entonces, ¿qué queda del marxismo? A mi juicio, el marxismo no puede ser tal sin conservar estos aspectos del pensamiento marxiano:

3.1. *La actitud crítica frente a la sociedad capitalista.*

Como bien dice Kelsen,

> ciertos 'marxistas' desean creer seriamente que Marx y Engels sólo fueron esencialmente fríos científicos, que buscaban las causas y los efectos, y que no eran de hecho políticos que combatían los valores sociales falsos para mostrar los verdaderos.[3]

Si algo es necesario tener presente al considerar el pensamiento de Marx, es su actitud *crítica.* Si hay algo que se pueda llamar "marxismo", no es otra cosa que una actitud ética de repulsa del mundo capitalista, la explotación de los obreros y de los pobres en general, y la alienación del hombre en las relaciones mercantiles. Por lo tanto, el *objetivo* de sus investigaciones es el cambio, la revolución. Esto encuadra el pensamiento de Marx.

[3] *SyE*, p. 181.

Tiene ese *objetivo* y ningún otro. Esto quiere decir que una reflexión sobre el derecho inspirada en su pensamiento, tiene también un objetivo claramente político: la transformación social. Sin que el hecho de que haya varias transformaciones posibles o pensables, mengüen en absoluto el aserto principal: el objetivo es político. Y esto puede que sea una diferencia esencial y radical entre marxismo y kelsenismo, o al menos entre cierto marxismo y cierto kelsenismo.

3.2. *La concepción de las relaciones sociales.*

La principal obra de Marx, *El Capital*, tiene como piso teórico, la teoría del valor. Y con toda claridad, dice que el valor es una *relación social*. En esto, me parece, reside el nudo metodológico del marxismo: la sociedad moderna —la sociedad mercantil— es un tejido de relaciones sociales. Pero ¿qué es una *relación social*?

En primer lugar, algo que "no se ve". Algo que está "oculto", y que debe ser develado por la actividad teórica, por la *crítica*, que Marx llama muchas veces "ciencia":

> con la *forma de manifestación* 'valor y precio del trabajo' o 'salario' —a diferencia de la *relación esencial* que *se manifiesta*, esto es, del valor y el precio de la fuerza de trabajo— ocurre lo mismo que con *todas las formas de manifestación* y su trasfondo oculto. Las primeras se reproducen de manera directamente espontánea como *formas* comunes y corrientes *del pensar*; el otro tiene que ser *descubierto* por la ciencia".[4]

O sea, la relación social esencial es el valor y el precio de la fuerza de trabajo que "se manifiesta" —*apariencia*— como valor y precio del trabajo. Esta apariencia se "reproduce" —ideología— de manera espontánea. Pero la *esencia* debe ser "descubierta por la ciencia".

Desde luego, esta concepción tan griega que Marx tiene del conocimiento de los fenómenos sociales, choca frontalmente con

[4] Marx, K. *El Capital*, México, Siglo XXI, 1975, t. 1, v. 2, p. 660.

las convicciones positivistas de la ciencia, que exigen trabajar sobre la empiria, sobre "lo que se ve", lo que se toca, que es lo único que se puede controlar experimentalmente. Sobre la apariencia superficial, según Marx. Son dos concepciones diversas del mundo social y de la ciencia.

Una relación social, entonces, es algo que se "apoya" en cierta apariencia, en ciertos soportes empíricos, naturales. Podría decirse que "relación" social se refiere a cierta *posición* que mantienen recíprocamente las personas, los individuos.

El mejor ejemplo de una relación social es precisamente el carácter de mercancía que puede tener una cosa material, según se produzca en ciertas condiciones o no.

Simplificando atrozmente, una mercancía es una cosa material que es producida en una sociedad donde los artesanos—productores trabajan cada uno de manera autónoma, y sólo se conectan entre sí en el mercado adonde llevan su producto. Allí *intercambian*. Esto quiere decir que cada uno obtiene del trabajo global, del conjunto de la producción, una parte que es igual al valor de *su* mercancía. El *intercambio* no es otra cosa que una relación entre el productor independiente y el resto de sus colegas con motivo de lo que cada uno obtiene del fondo global de medios de subsistencia.

Pues bien, una cosa material sólo es mercancía si es producida en esa sociedad mercantil, *para* cambiar, para que el productos entre en relación con el fondo global de medios de subsistencia. En este sentido, la mercancía, aparte de ser una cosa material, es una *relación social*, es decir, se corporiza en ella la *posición* que los hombres han establecido entre sí, que en este caso consiste en que el grupo se ha escindido en productores autónomos, cada uno de los cuales hace por su cuenta unas "cosas" que le permitirán el día del mercado, obtener del conjunto de "cosas" producidas por el conjunto de productores, las que él necesita para volver a producir, y para comer y vestirse. Estas como "reglas de juego" son las posiciones que los hombres mismos han establecido entre sí, que se corporizan en esas cosas materiales —*valores de uso*— que son, *además*, mercancías, o sea *valores de cambio*, o simplemente corporizaciones de *valor*. En este sentido es que, creo, hay que entender qué son *relaciones*

sociales para Marx: las posiciones que los hombres adoptan para establecer contacto entre sí. Pero, y aquí está la cuestión, estas *relaciones sociales* se *corporizan* en cosas tanto como "se espiritualizan" en *ideas*.

Y además, estas relaciones sociales, al "corporizarse", se esconden. Toman la "forma" de los cuerpos que llegan a poseer. Así es como el *valor* de las mercancías llega a parecer una propiedad de las cosas mismas, escondiendo el ser una relación entre los productores de esas cosas. Y la enajenación consiste, precisamente, en que esos hombres, engañados por los propios productos de sus propias relaciones, llegan a perder el rastro de sí mismos en las cosas, para escindirse de ellas, mirarlas como extrañas, y, finalmente, sucumbir a su hechizo entregándoles su inteligencia bajo la forma de la conciencia invertida: el productor mercantil llega a creer que el *valor* de las cosas —que aparece como *precio*— proviene de las cosas mismas, sin advertir que es él quien se lo ha dado. Así el obrero llega a creer que el salario es el precio de su trabajo, y el capitalista que la ganancia proviene de su capital.[5]

Resumiendo: la "sociedad" es un conjunto de "relaciones sociales" que se "ocultan", engañando a sus propios actores. Sólo la "ciencia" puede develar el misterio y exponer el movimiento *esencial* oculto tras la *apariencia*. La ciencia "burguesa" —dice Marx— se queda en la apariencia porque no le conviene develar la esencia. No es que se equivoque: es que se autolimita a la apariencia que también *es*.[6]

3.3. *Lo social frente a lo natural.*

Sin perjuicio de volver sobre esto, ya que se trata de uno de los nudos teóricos del pensamiento de Kelsen, vale la pena aquí destacar el punto de vista de Marx, que precisamente resulta de

[5] Véase Marx, K. *Idem*, p. 87

[6] Sobre la utilización por Marx de las categorías de *esencia* y *apariencia*, véase del Barco, Oscar, *Esencia y apariencia en El Capital*, Puebla, UAP, 1977, pp. 41 y ss. Sobre la apariencia como *ser* en el pensamiento occidental, Heidegger, M. *Introducción a la metafísica*, Buenos Aires, Nova, 1977, pp. 136 y ss.

esta concepción de la *relación social*.

No hay duda de que la diferencia —filosófica, claro— que hay para Marx entre lo natural y lo social, es lo que se encuentra detrás de su idea de las relaciones sociales. En última instancia, esta diferencia se asienta en *el valor*. Es una especialísima propiedad que tiene el trabajo humano. En ciertas condiciones, por avatares históricos no siempre evidentes, de pronto, en algún lugar, el trabajo humano comienza a *crear* sus productos como mercancías. El trabajo humano comienza a *crear valor*. Esta propiedad humana —algo así como el "mal" oculto— es siempre potencia que se actualiza en ciertas condiciones solamente. No deja esto de recordar el *Génesis*, la agricultura de Rousseau, el fuego de Prometeo o la *adikía* de Solón. Es en ese momento que el hombre se separa de la naturaleza, o, más bien, que *crea* productos que tienen algo más que lo simplemente natural: el valor, que es algo "supranatural".[7] Veremos que Kelsen asienta esta diferencia en el lenguaje, es decir, en cierta forma de conectar, mentalmente, un antecedente y un consecuente.

3.4. *El capital y los "Grundrisse".*

La inmensa —aunque casi inédita durante su vida— obra de Marx, no tiene toda ella el mismo valor. Conviene atenerse entonces al hecho de que su libro principal, *El Capital*, fue editado en vida de Marx —sabemos que sólo su tomo I—, y que él mismo lo corrigió. Además, que nunca se desdijo de él, salvo las aclaraciones que limitaban su aplicación geográfica. Además, se trata de la obra en la que plasmó el objetivo de su vida, que fue la crítica de la sociedad burguesa. Por lo tanto, ese texto, y todos aquellos que en conjunto son sus borradores, como los llamados *"Grundrisse"* y *Teorías de la Plusvalía* son, sin duda, aquello en que consiste el duradero pensamiento marxiano. Todo lo demás, puede ponerse en tela de juicio sin que por ello caiga su crítica a la sociedad capitalista. Por ejemplo, puede estarse en desacuerdo con sus críticas al programa de Gotha, y no por ello,

[7] Sobre lo "supranatural" en Marx, véase *El capital cit.*, t. 1, v. 1, p. 70.

como si hubiese implicación lógica, tener que estar también en desacuerdo con su análisis de la mercancía. Puede que se esté en desacuerdo con sus análisis de la diferencia entre estado y sociedad civil, sin que por ello sea necesario estar en desacuerdo con sus análisis de la compraventa de fuerza de trabajo o la rotación del capital.

3.5. *La ideología.*

Este es otro de los sectores del pensamiento de Marx que resulta duradero, a condición de ponerlo en contacto con el de la *relación social*. En efecto, las relaciones "que se esconden" son lo que genera la *ideología* en su acepción de *falsa conciencia*.

Es sabido que Marx usó la palabra "ideología" al menos en dos sentidos: como *falsa conciencia*, y como conjunto de *representaciones mentales respecto del mundo*. También es conocido que, como lo destacó Kelsen, eso puso en peligro la propia cientificidad del pensamiento de Marx.[8] En efecto, si las relaciones sociales determinan la conciencia, entonces el propio Marx está determinado por ellas, en cuyo caso ¿cómo confiar en lo que dice? El problema es arduo. Está claro, nadie lo niega ya, que las condiciones sociales determinan el pensamiento de los individuos. Y también está claro que la razón humana es capaz de enfrentarse con las determinaciones exteriores —e interiores— colocándose como auto—objeto de reflexión. Lo que no tiene, creo, mucho sentido discutir, es si la razón tiene éxito o no en este proceso. En efecto, ¿quién sería el llamado a establecer la "objetividad" de los enunciados" ¿Quién sería el Enviado que establecería cuál de los muchos criterios para definir la "ciencia" es el correcto? ¿Quién sería esa divinidad que, al margen del mundo, daría la aprobación de tal o cual pensamiento? En el fondo, toda ciencia es un acto de poder. Y no otra cosa es lo que el positivismo ha encontrado como prueba de la "objetividad". En efecto, ¿qué, sino un acto de dominio, es la comprobación empírica, el éxito material? Y ¿quién garantiza que el experimento es una

[8] Véase *TCDE*, p. 23.

comprobación "exacta"? ¿Acaso no la comunidad de científicos, convencionalmente?

En suma, si Marx creía que sus escritos estaban libres de subjetividad política, si creía en *la verdad*, no hay duda de que estaba equivocado. Como lo estaba Kelsen al respecto. Esto quiere decir que hay que aceptar que todas las formas mentales están contaminadas con el sucio barro social, y que hay que conformarse con las limitaciones humanas. Por lo tanto, la diferencia entre "falsa conciencia" y "conciencia" en general, debe ser reducida hasta quedarnos con que los esfuerzos que hace la razón para aprisionar el mundo, son sólo eso: esfuerzos. Pero Marx no lo veía así. Y Kelsen tampoco.

Está claro que la cotidianidad material —la vida concreta de los hombres— tiene también forma mental. Los actos de producción y reproducción de la vida humana son, al mismo tiempo, captados de alguna manera por la conciencia. El conjunto de esos contenidos de conciencia, constituye la ideología. Ahora bien, el aporte de Marx, a mi juicio, consiste en su exposición de las relaciones sociales *como fundamento de la enajenación*; como origen de las fantasías ordinarias de los hombres; como *encubridoras* en el sentido explicado más arriba. Según esto, habría unas relaciones sociales, la "esencia" de las formas productivas, que "aparecen" engañosamente. Hay un texto específico sobre este problema:

> ...los trabajos privados (hablando del intercambio, O.C.) no alcanzan realidad como partes del trabajo social en su conjunto, sino por medios de las relaciones que el intercambio establece entre los productos del trabajo, y, a través de los mismos, entre los productores. A éstos, por ende, las relaciones sociales entre sus trabajos se les *ponen de manifiesto* ... (aquí, claramente hay una *manifestación*, un *aparecer determinado*, O.C.) como lo que son (aquí está la cuestión O.C.), vale decir, no como relaciones directamente sociales trabadas entre las personas mismas, en sus trabajos, sino por el contrario como *relaciones propias de cosas* entre las personas y *relaciones sociales* entre las cosas".[9]

[9] Marx, K., *El capital*, cit., p. 89

Es decir, en esencia son relaciones sociales trabadas entre las personas mismas, al trabajar. Pero se presentan *como lo que* (también) *son*: relaciones invertidas. Las personas se relacionan como si fueran —se tomaran por— cosas, y las cosas parecen relacionarse entre sí —*valor*— siendo que "relaciones" sólo tienen entre sí los hombres. Pero lo que hay que destacar, sobre todo, es que Marx dice "como lo que son", y "lo que son" es la apariencia. Es decir, la apariencia también *es*.

Las ideologías propias de estas relaciones sociales, son, entonces, ideologías que aprehenden la apariencia: lo "que son": relaciones de cosas entre personas, y relaciones de cosas como si fueran personas. Toca a la crítica poner las cosas en su lugar. Pero ése es un esfuerzo teórico. Y cuando ese esfuerzo teórico recae sobre *ideas*, sobre discursos, es, en verdad, un metadiscurso. La crítica del derecho es un metadiscurso.[10]

Dentro de las ideologías, Marx, sin duda, pensaba al derecho. El derecho sería, en este orden de cosas, un lenguaje que "habla", "dice", relaciones sociales tal cual éstas *aparecen*. Es de esperar que un lenguaje —no creo que haya textos marxianos que expresamente llamen "lenguaje" al derecho— hable, *inadvertidamente*, de las relaciones a las que se refiere —el intercambio, por caso, que el derecho denomina "contrato"— tomando la apariencia por la esencia. De hecho Marx lo dijo en alguna parte.[11] La

[10] Conviene adelantar que Kelsen ha destacado que los marxistas confunden el derecho con las ideas acerca del derecho. Y dice que lo que es ideológico —en el sentido de "falsa conciencia"— es esto último: la presentación que los juristas hacen del derecho, no el derecho mismo, que es un fenómeno *objetivo*. Creo que Kelsen se equivoca, por no reconocer, abiertamente, que la ideología —como "falsa conciencia"— existe *también* en las normas, no solamente en el discurso de los juristas acerca de ellas. Es decir, la *crítica* del derecho, puede ser crítica a la injusticia de las normas, pero también crítica en el sentido de *desentrañamiento* de los motivos ideológicos ocultos en ellas.

[11] "En principio, el intercambio entre el capital y el trabajo se presenta a la observación exactamente de la misma manera que en el caso de la compra y venta de todas las demás mercancías. El comprador entrega cierta suma de dinero, el vendedor un artículo diferente del dinero. La conciencia jurídica reconoce aquí, cuando más, una diferencia material que se expresa en las fórmulas jurídicamente equivalentes: *do ut des, do ut facias, facio ut des* y *facio ut facias*." Es decir, no capturando la esencia, (*Ibidem,* v. 2 p. 658).

tarea de la crítica jurídica, que sería un metalenguaje, consistiría en mostrar, develar, cómo ese lenguaje repite, con su correspondiente especificidad —porque otro lenguaje puede repetirlo a su especial manera—, la apariencia ocultadora de las relaciones sociales.

Este lenguaje, en la medida en que oculta, y en la medida en que la ocultación sirve para el dominio y la explotación, es un medio de dominio y explotación. Pero podría haber sectores de ese lenguaje que, aun siendo ocultadores, no estén necesariamente al servicio de la explotación. Incluso podría ser lo contrario: que sirvieran como freno a la explotación capitalista. Pienso en sectores como el derecho laboral, o en la protección a menores y desvalidos, por ejemplo.

Creo difícil obtener, de Marx mismo, mucho más acerca del derecho. O mejor, acerca de pistas que permitan acercarse a las normas jurídicas con espíritu crítico. Si Marx pensó que era importante una crítica del derecho, de todos modos ni lo dijo ni lo hizo. Su aporte termina aquí. Y no es del caso revisar textos, como aquél de la estructura y la superestructura, que no han hecho más que desviar la atención de otros textos que, a mi juicio, son más sugestivos, como los que hemos visto.

4. *Otras posibilidades*

Frente a las dificultades con las que tropieza la vulgata del marxismo—leninismo, y frente al silencio de Marx acerca de estas cuestiones, vale buscar, inventar, dentro del espíritu crítico, de su concepción de las relacioens sociales y de la ideología. Pero, sin ninguna duda, será necesario incorporar el pensamiento de Kelsen en esta búsqueda.

4.1. *El derecho como forma de apropiación del mundo*

No parece sensato negar la diferencia entre la conciencia de los hombres y el mundo material, exterior, o como quiera llamárselo. Tampoco parece muy sensato negar que la vida de los hombres depende de la producción de los medios para prolongarla y reproducirla. Pero estas dos obviedades no tienen por qué significar, como si hubiera consecuencia lógica, que primero hay

que producir y sólo después se puede pensar sobre esa actividad. Hay que aventar todo rastro de la idea de que primero hay producción y después conciencia. El trabajo y la conciencia son coetáneos. Sin embargo, desde el punto de vista individual, todo protagonista de las relaciones sociales llega a una sociedad cuyas normas ya existen antes de su nacimiento. Para él, las normas son *antes* que la producción, puesto que su primera socialización es la *educación* en tales normas, *antes* de que realice ninguna actividad productiva, incluso ninguna relación social. Esta "socialización" sucede en el lenguaje, y precisamente en el lenguaje *normativo*. Esto visto desde el punto de vista del individuo.

Desde el punto de vista sociológico, puede decirse que los hombres producen determinadas conductas, movimientos encaminados a la producción y reproducción, conductas de las cuales *se "apropian"* ideológicamente de distinta manera. El juego es una forma de apropiación del mundo. El arte es otra forma. Y del lenguaje normativo cabe decir lo mismo: es una forma de la conciencia, a través de la cual el sujeto de las relaciones sociales se las apropia como *debidas* o *indebidas*. Es que, como dice Kelsen, el modo mental del *deber* es dado inmediatamente a la conciencia, y por eso no puede ser explicado más de cerca.

Esta forma de apropiación del mundo consiste en *dar sentido* a conductas humanas, a través de la categoría del *deber*, categoría que se despliega en los tres sentidos de prohibido, obligatorio y permitido.

Las conductas a las que se adjudica este *sentido* pueden ser muy variadas. Pero, en primer lugar, toda sociedad otorga el *sentido* de lo *obligatorio* a las conductas necesarias para la reproducción de la sociedad tal cual es. En este orden de ideas es correcto decir que las relaciones sociales de producción determinan el contenido de las normas. Pero de ello no se sigue que todas las normas tengan un contenido determinado por las necesidades objetivas de la producción.

Ahora bien, ¿cuáles son las conductas que necesariamente han de repetirse para que suceda la reproducción? Son aquellas que los integrantes de las relaciones sociales ven como necesarias para ello. Es decir, lo que determina el contenido de las normas no es en realidad el conjunto de las relaciones de producción sino

la ideología, es decir, lo que los hombres visualizan como conductas necesarias para la reproducción. De allí que cierta forma de danzar pueda ser vista como obligatoria para lograr el apoyo de los dioses en la cosecha, aun cuando, para un observador tal conducta de ninguna manera esté ligada con las relaciones de producción. Es decir, el derecho debe ser explicado tanto por las relaciones objetivas de producción, como por las apropia ciones ideológicas que la sociedad hace de sí misma. Desde luego que esta ideología, a su vez, puede ser explicada a partir de las relaciones sociales; pero el desconocer el valor de la ideología conduce necesariamente a la despolitización del fenómeno jurídico.

Esto de ninguna manera obsta para aceptar que algunos, tal vez muchos, incluso la mayoría de los miembros de una comunidad, puedan tener opiniones distintas acerca de cuáles conductas deben ser promovidas y cuáles deben ser interdictas. En realidad, en una sociedad compleja como la nuestra, el contenido de las normas responde a las visiones del mundo de distintos grupos sociales, siendo dominantes las normas que promueven las conductas que el grupo dominante considera necesario promover.

Esto significa que, bien entendido, el *deber* proviene del *ser*. Esto porque no hay representaciones ideológicas del no—ser. El deber proviene del ser, no en el sentido de que sea "bueno" el ser y por lo tanto deba mantenerse, sino en el sentido de que lo que es visto como "bueno", y que por lo tanto debe promoverse, mantenerse, es una representación ideológica —*normativa*— de relaciones sociales objetivas. El deber no proviene del ser sólo en el sentido de que, dada una relación social, no puede decirse que esta *deba* ser promovida a través de normas. Del hecho de que el pez grande se coma al chico no puede inferirse que eso sea "bueno" y que por lo tanto deban producirse normas que califiquen como *debida* esa conducta. Pero no hay duda de que si los peces grandes visualizan como necesario para su pervivencia la conducta consistente en que los pescadores deban abstenerse de dejarlos sin su alimento, seguramente dictarán una norma prohibiendo la pesca. Y esa norma sin duda que "provendrá" del "ser" tal como es visto por los productores de ese "deber ser". Este juego de sentidos de la palabra "deber" es necesario que sea tenido en cuenta para que no se termine calificando de "jusnaturalista" al

sociólogo que, inspirado en el marxismo, quiera buscar la causa de las normas en las relaciones sociales.

Esto quiere decir que las normas tienen *causas*. En primer lugar, el acto de voluntad que las crea. En segundo lugar, la ideología que conduce, al que produce la norma, a darle tal o cual contenido, según crea o no que tales conductas son o no necesarias para la reproducción. Pero las normas tienen también *efectos* según sean o no obedecidas. Lo cual en la mayor parte de los casos significa que consiguen o no producir *nuevas conductas*; puesto que sólo pocas veces se producen nuevas normas para promover conductas que de hecho ya se están produciendo. Esto se da en los procesos de codificación, entendiendo por ello los procesos de compilación y redacción de normas. Por ejemplo, el Código de Napoleón es, en buena parte, una redacción de normas que ya venían obedeciéndose. Esto quiere decir que el efecto de las normas, en la mayor parte de los casos, es conseguir *cambios* en las conductas de los ciudadanos. Y cuando ello es conseguido, el mantenimiento de la norma tiene por objetivo conservar la regularidad de la producción de tales conductas. Por ello es que sólo figuradamente puede decirse que las normas son producto de las relaciones sociales; puesto que bien puede decirse también lo contrario. Con esto también pierde el derecho el carácter de "irrealidad" puesto que se muestra que los hombres actúan como respuesta a las normas.

Ubicar a la normatividad dentro de este proceso social de causas y efectos permite ver el derecho como un fenómeno social más, que, como todos los demás, es efecto de otros y causa de otros más. Pierde entonces su sentido ingenuo el decir que el derecho es producto de las relaciones sociales. Y eso pasa entonces a depender del tipo de análisis a que sea sometido. Por eso una *Sociología Jurídica* inspirada en el marxismo no puede constituirse sobre la base de la simplifcación que consiste en decir que el derecho es producto de la sociedad, puesto que entonces se convierte en una apología del derecho tal cual es.

4.2. *El derecho y la dominación*

El otorgamiento de sentido es siempre un acto de dominio. Quien da el sentido tiene el poder. En el caso del derecho, quien

está en condiciones de formular la norma, y más aún si está en condiciones de reprimir conductas contrarias, ejerce la dominación sobre otros. Y si el derecho es una forma de apropiación del mundo siempre ha existido y existirá la norma dadora de sentido. Esto quiere decir, aunque signifique reconocer una *naturaleza humana*, una *esencia*, que el derecho siempre existirá.

En consecuencia el derecho típico de la época de la burguesía como clase dominante, es una forma históricamente determinada del derecho en general. Y es desacertado decir que no interesa saber qué es el derecho en general, y que lo interesante es únicamente conocer la especificidad del derecho moderno. Porque si sólo indagamos acerca de esto último, dejaremos oculto el fenómeno de la dominación en toda sociedad.

También resulta de esto que en cualquier sociedad futura, y con mayor razón a medida que sea más compleja, sucederá la producción de normas dadoras de sentido. Eso, desde luego, no excluye la posibilidad de que no exista explotación de plusvalía, lo cual, por su parte, no hará que ese conjunto de normas no sea estrictamente *derecho*.

Por otra parte, sostener la necesidad de la producción de normas dadoras de sentido, implica el reconocimineto de la necesidad del sentido y tambien la necesidad de apoyarlo con la coacción. Esto es, que el hombre —de nuevo la *naturaleza humana*— transcurre como la tensión entre instintos egoístas y agresivos, y la necesidad de reprimirlos para subsistir.

4.3. *El derecho como forma normativa de las relaciones sociales.*

A pesar de su cotidianidad, la palabra "forma" obtiene su sentido de la filosofía. En Aristóteles, "forma" es, en definitiva, una porción determinada —concreta— de materia. "Forma" indica la particular disposición o determinación de una porción de materia en relación con todo lo demás; pero la materia no tiene ser sin la forma. Simplemente no existe; sería no-ser, lo cual es interdicto desde el principio de la filosofía. En Hegel, la forma es la "totalidad de las determinaciones" de la materia; la materia y la forma son la "cosa" que debe "aparecer" como "fenómeno". El fenómeno es la "existencia", esto es, el ser existente en con-

creto; el fenómeno es sólo un momento de la forma misma.[12] Se trata de un pensamiento en todo similar al de Aristóteles.

Es en este mismo sentido, aunque parezca metafísico, que es posible pensar el deecho como *forma* de las relaciones sociales, es decir, como *el aparecer concreto* de la *esencia* que son esas posiciones que entre sí establecen los hombres con motivo de la reproducción de la vida material. Pero estas *relaciones sociales*, escondidas, son como la materia de Aristóteles: una *realidad* a la que se tiene acceso únicamente a través del esfuerzo teórico. Porque lo que se ve", lo que está presente en el aparecer es algo muy distinto. En el mundo humano, lo que aparece es el conjunto de representaciones —ideología— con que los hombres se apropian de esas relaciones entre sí, que en el pensamiento cotidiano les permanecen ocultas o transfiguradas. Para decirlo con un ejemplo, lo que existe en concreto es el contrato, no el intercambio. Sólo con un esfuerzo teórico se llega al fenómeno "económico", a la relación social esencial "intercambio". Pero en la cotidianeidad permanece como *contrato*. El contrato es la forma del intercambio. La forma *normativa* en que aparece la relación social. El derecho es, entonces la *forma normativa* de las relaciones sociales. Es en este sentido que podría decirse que el derecho es una relación social: en tanto cuanto es la *forma* de existencia de relaciones sociales.

Desde el punto de vista en el cual el derecho aparece como un fenómeno del lenguaje, esto quiere decir que el derecho es la forma *—lingüística* ahora— que las relaciones sociales tienen para los hombres. Puesto que sólo en el lenguaje pueden los protagonistas pensar las relacioes sociales o darles el sentido de lo *debido*.

[12] Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, parágrafos 128, 129, 131, 132, México, Juan Pablos, 1974, pp. 103 y 105.

5. *Algunas conclusiones*

Todo esto implica algunas conclusiones:

1. No hay dualidad, exterioridad, entre relaciones sociales y derecho, como no sea la exterioridad entre esencia y forma de existencia concreta, o entre relaciones sociales y lenguaje.

2. No hay prioridades históricas u ontológicas; no son unas primeras o principales que el otro.

3. No hay que recurrir a la tautología de la "influencia recíproca" que no hace más que replantear el problema del huevo y la gallina.

4. El conocimiento de lo social "realmente existente" implica el conocimiento de lo jurídico, sin lo cual la sociedad no resulta inteligible.

5. El derecho es otro espacio abierto a la política, esto es, a las tensiones por la dominación. Lo contrario sucede cuando el derecho es pensado como "instrumento" de la clase hegemónica, que lo "ejerce" para dominar. Por ejemplo, en el caso del derecho del trabajo, el derecho es la forma normativa de la correlación de fuerzas actualmente existente entre trabajadores y patrones.

6. El derecho no es el "resultado final" de la lucha de clases. Es su forma normativa "actual". Existe una fuerte tendencia de los marxistas a ver las normas como el *resultado* de la contienda: el que gana impone la norma, *su* norma. Como si en el mundo moderno alguien ganara sin condiciones, o como si no fuera necesario luchar para conservar el poder.

7. El derecho entendido como forma normativa de existencia de las relaciones sociales, permite advertir que hay amplios sectores normativos que, como las relaciones sociales cuyas formas constituyen, no son conflictivos. Nadie acertará a explicar cómo la evicción es un instrumento con que la burguesía explota al pro-

letariado. Ni nadie conseguirá mostrar cómo el matrimonio tiene que ver con las relaciones capitalistas más que con otras. Lo cual no implica que no sea, por su parte, forma normativa de relaciones sociales a través de las cuales se ejerce el poder de los hombres sobre las mujeres, tal vez.

8. Que el derecho es la forma normativa de existir las relaciones sociales, implica preguntar por la génesis de su forma. Y en la medida en que la forma normativa es forma ideológica de apropiación del mundo, trae inmediatamente al centro de la cuestion el papel de los intelectuales que "producen" las normas en concreto, y las representaciones acerca de ellas. El estudio en concreto de las instituciones implica a los juristas que las construyen; esto es, implica la historia de las ideas jurídicas como elemento central de la explicación del aparecer normativo concreto de las relaciones sociales. La teoría del reflejo, en cambio, promovía la idea de la escasa importancia de los juristas que eran algo así como "objetos" del sucederse de las relaciones sociales.

Capítulo II

KELSEN, LA CIENCIA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA Y EL MARXISMO

> "La confrontación de la teoría pura del derecho con la sociología marxista del derecho no ha de despertar esperanzas infundadas. No se trata de compensar las unilateralidades externas de la teoría pura del derecho con una sociología jurídica de cuño marxista, puesto que esto significaría aceptar la teoría pura del derecho en principio y dejarla en vigencia después de aplicarle algunas reformas y ampliaciones. Una sociología del derecho fundada en el materialismo dialéctico e histórico sólo puede tener por objeto explicar esa ideología jurídica como expresión de hechos sociales ... La sociología marxista del derecho se interesa, pues, por la teoría pura desde el punto de vista de la crítica de las ideologías".[1]

Como puede verse, parece que una aproximación a Kelsen desde el marxismo no tiene otra alternativa que resultar completamente ortodoxa ... Sin embargo, a mi juicio, el marxismo tiene que aceptar los resultados de las ciencias jurídicas contemporáneas, las cuales tienen a Kelsen como referente. Y más aún: en su conjunto, es mi opinión, la teoría pura del derecho es perfectamente compatible con el marxismo, cuando menos con un marxismo que no es el que se deja ver en la cita de más arriba. Y más aún: el marxismo *necesita* incorporar ese pensamiento a la crítica jurídica e incorporar el espíritu democrático de Kelsen a su teoría política. En este capítulo nos aproximaremos a algunos temas kelsenianos fundamentales, de interés para revisar su relación con el marxismo.

[1] Hagel, Johan, «Teoría pura del derecho y sociología marxista del derecho» en VV.AA., *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 117 y 118.

1. Sociedad y Naturaleza

Kelsen ha hecho grandes esfuerzos para explicar su punto de vista acerca de la distancia entre *naturaleza* y *sociedad*, y entre ciencias naturales —entre las que incluye a la *Sociología*, la del derecho inclusive—, y *Ciencias Sociales* que para él son *normativas*. A medida que más se reflexiona acerca de esta posición kelseniana, resulta más absurdo y simplificador dejar la cuestión con el pretexto de que eso proviene del neokantismo de Kelsen. Y a medida que más se reflexiona sobre el punto, menos lejano parece de Marx.

Kelsen ha planteado este tema como una cuestión epistemológica.

> Si se parte de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, y, por ende, de una distinción entre naturaleza y sociedad, como distinción entre los diferentes objetos de esas ciencias...". (*TPD*, p. 15)

Este texto se encuentra en la primera página de su obra más conocida, con lo cual se muestra la importancia que tiene en su sistema científico. En el texto se advierte que su preocupación es *ubicar* a la *Ciencia Jurídica* en un esquema de clasificación de las ciencias. Pero tal clasificación, ¿se funda, para Kelsen, en una distinción entre los objetos de la ciencia? Entre *naturaleza* y *sociedad* ¿existe una distancia ontológica? En otra parte, dice:

> Pero Adler se cierra a esta comprensión por el hecho de que interpreta mal la oposición entre ser y deber —que es una oposición en el interior del conocimiento, y que significa dos diversas posiciones *problemáticas*, dos diversas direcciones cognoscitivas...". (*SyE.*, p.182, nota 2)

En este texto la distancia entre *naturaleza* y *sociedad* aparece como epistemológica más que como "real". Que la diferencia es sólo a nivel del conocimiento, parece apoyado por este otro texto:

> La sociedad y la naturaleza, concebidos como dos diferentes sistemas de elementos, son los resultados de dos métodos diferentes de

pensar y sólo en cuanto tales dos objetos diferentes. Los mismos elementos puestos en conexión conforme al principio de causalidad, constituyen la naturaleza, conforme a otro, a saber, un principio normativo, constituyen la sociedad." (*SyN*, p. 2)

Sin embargo en otro texto dice:

Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos con la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el mundo jurídico ha sido establecido por la autoridad pública, es decir por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intención semejante.". (*TPD*, p. 91)

En este texto la diferencia entre ciencias en general y ciencias sociales—normativas, se asienta en una particularidad del objeto, no en un "punto de vista". Esta particularidad consiste en que la norma —objeto de la ciencia social normativa—, es un objeto *creado* por el hombre, por un *acto de voluntad* dice, mientras que el objeto de las otras ciencias "es independiente de toda intervención de esa naturaleza".

Es decir, el propio Kelsen, con las diferentes formulaciones de este problema, ha sembrado la duda acerca de si postula un dualismo ontológico, o si sólo se trata de diferencias lingüísticas y epistemológicas.

2. *Kelsen entre Kant y Hume: ¿dualismo o monismo?*

Desde otro punto de vista, estamos frente a la pregunta de si Kelsen es un neokantiano. Como se sabe, es casi materia no disputable que la respuesta es afirmativa. Incluso existen textos expresos del propio Kelsen que apoyan esta respuesta.[2] Sin

[2] Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Madrid, s/f, Ed. Rev. de Derecho Privado, (pero el *Prólogo* es de 1933), versión de L. Legaz y Lacambra, pp. 24 y 25: «El deber ser no significa ahí otra cosa que una categoría relativamente apriorística para el conocimiento del

embargo, permítaseme la duda, y aportar elementos para matizar esa afirmación.

Sobre la cuestión de las influencias, si se dijera que Kelsen vivió un ambiente neokantiano, también podría decirse vivió un ambiente neopositivista en Viena.

Sobre los textos kantianos de Kelsen, puede decirse que también existen textos que permiten poner en tela de juicio esa filiación. Por ejemplo, su principal obra dedicada a esta cuestión, *Sociedad y Naturaleza*, no parece un texto neokantiano, cuando menos si se tiene en cuenta que lo que Kelsen hace es mostrar el origen y el desarrollo de este dualismo, para terminar indicando que fue con Hume con quien se recuperó el monismo originario. Pero este es un nuevo monismo, en el que la sociedad y la naturaleza se reencuentran, pero ahora bajo el signo de la naturaleza; esto es, la ciencia natural y la ciencia social se constituyen en una sola ciencia regida por el mismo principio, el de la causalidad (en sentido humiano, desde luego, no kantiano), mientras que en el origen había habido un monismo según el cual era la naturaleza la que se pensaba como sujeta a normas jurídicas. Es decir, la gran figura filosófica de este libro, es Hume y no Kant, lo cual resulta lo contrario de lo que debería esperarse si Kelsen fuese un kantiano. Al contrario, Kelsen concluye en las antípodas del kantismo, postulando una sola ciencia, tanto para la naturaleza

material jurídico empíricamente dado .... Esta categoría tiene un carácter puramente formal, en lo cual se distingue fundamentalmente de la idea trascendente del derecho. Es aplicable cualquiera sea la especie de los actos constitutivos del derecho. A ninguna realidad social se puede discutir la compatibilidad con esa categoría jurídica alegando que su contenido es este o el otro. Es una categoría gnoseológico—trascendental, en sentido kantiano, no metafísico—trascendente ... y precisamente porque la teoría jurídica pura desprende las últimas consecuencias de la filosofía y de la teoría jurídica del siglo XIX, de orientación antiideológica y positivista en sus comienzos, se sitúa en la más radical oposición con los epígonos que hoy niegan la filosofía trascendental kantiana y el positivismo jurídico». Este texto se repite casi a la letra en las dos versiones de la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* que circulan entre nosotros: la de Editora Nacional y la de EUDEBA, como que el texto de donde cito no parece ser otra cosa que una versión más de TPD_1. Tal vez conviene decir que no se repite un texto de esta naturaleza en TPD_2.

como para la sociedad, mientras que, por el contrario, Kant es el fundador de la tendencia moderna de la separación de las ciencias en naturales y del espíritu.

Para Kant no puede menos que haber dos tipos de ciencia, puesto que incluye a la libertad como elemento que, introducido en el mundo natural, le agrega a éste algo más, un *plus*, que hace del hombre un ser distinto a todos los demás. Por tanto, habiendo dos objetos debe haber dos ciencias. Aceptemos que si Kelsen piensa igual, entonces piensa en un mundo dualista y en dos tipos de ciencia. Revisemos esto.

2.1. *El dualismo kantiano*

El dualismo kantiano, es del mismo cuño que el de Santo Tomás, el de Descartes y el de Leibniz. Tiene, al igual que el de sus antecesores, el objetivo de salvar la libertad cristiana frente a la necesidad en la naturaleza.[3] En Kant, además, tiene el expreso objetivo de salvar el alma frente a los embates definitivos de Hume, que lo despertó de su "sueño dogmático". En efecto, Kant

[3] Este dualismo es el que Cerroni le reprocha a Kelsen, y que constituye el fundamento de su crítica. Si se echaran sombras sobre el kantismo de Kelsen, la crítica de Cerroni también resultaría dudosa. Véase Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo, 1975, específicamente el estudio dedicado a Kelsen, «Kelsen y Marx», pp. 145 y ss: «... se sabe que para Kelsen 'la distinción entre el deber ser y el ser es fundamental para la definición del derecho' (Cerroni usa aquí una cita de *TGDE*). Kelsen cimenta sobre la distinción antes apuntada todas las articulaciones fundamentales de su doctrina a saber: a)la distinción—separación entre naturaleza y sociedad, como reinos distintos por su estructura interna (causal y necesaria la una, normativa y libre la otra; b)la consecuente separación entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la sociedad en virtud de la diversidad del objeto y del método; c)la autonomía del derecho respecto de la realidad» (p. 156). En lo que sigue se demostrará que los puntos señalados como a) y b) son inexactos dichos de Kelsen. En cuanto al punto c), también veremos que no puede decirse que para Kelsen el derecho sea autónomo de la realidad, sino, cuando más, que las normas son enunciados prescriptivos, no descriptivos, y que por tanto, no dicen que algo sea, sino que un hecho debe ser. Pero eso no es lo mismo que decir que el derecho es «autónomo» de la realidad. Kelsen afirma muchísims veces que las normas son establecidas por actos «reales»" de voluntad.

advirtió que, con Hume, la religión —y la metafísica— tenían un enemigo en serio. Todo su pensamiento es un diálogo con la ciencia positiva, cuya filosofía es la de Hume,[4] a la cual acepta entregándole la naturaleza, incluído el *cuerpo* del hombre, a cambio de que se le permita construir un espacio para el espíritu —la *libertad*— y la moral. Para dios, en suma.

Luego del monismo absoluto de los griegos, la primera forma de dualismo ontológico en sentido fuerte, es el de Santo Tomás:

> El hombre, en el concepto tomista, ... se compone de cuerpo material y alma espiritual. Por razón de su cuerpo coincide con los seres materiales y pertenece al mundo sensible. Pero se distingue de todos ellos por su alma, que es una forma de categoría superior, por la cual pertenece al mundo del espíritu.[5]

El alma es el asiento de dos "facultades", que son la inteligencia y la voluntad:

> La vida intelectiva marca el grado más alto de la escala de los vivientes. Es propia de los seres superiores, a partir del hombre, y lo que distingue a éste esencialmente de las plantas y de los animales, con los cuales tiene de común las dos formas inferiores de la vida, vegetativa y sensitiva. Es la diferencia específica que se expresa en su definición, cuando decimos que el hombre es un animal *racional* ... La vida intelectiva tiene dos modalidades: una *cognoscitiva*, en que entra en función el entendimiento, que es la facultad más elevada del hombre; y otra *apetitiva*, que corresponde a la voluntad, la cual, en el hombre, está dotada de la prerrogativa de la libertad (*ibidem*, p. 1018).

Aquí sí que puede verse un dualismo de *naturaleza* y *sociedad*, en que la primera sea necesaria y la segunda libre, como el

[4] Nótese que Kelsen no parece ver una contradicción entre positivismo y kantismo, a estar por una suerte de identificación que hace de ambos en el texto citado más arriba de *El método y los conceptos fundamentales*...

[5] Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, 1960, tomo II, p. 1010.

que Cerroni cree ver en Kelsen. Como se ve, la *libertad* es el *quid* de la cuestión. Para todos los pensadores cristianos, incluído Kant, la libertad humana ha sido el punto a defender frente al embate, tanto de la ciencia moderna como de la necesidad griega.

Respecto de Descartes, es notorio cierto desinterés suyo por el mundo ético y político. Cuando menos, a diferencia de casi todo otro pensador anterior o posterior, no nos ha dejado reflexiones que permitan incluírlo entre los filósofos políticos. No obstante ello, la fuerza de su pensamiento en la creación de este mundo mecánico y matematizado que es el mundo burgués, puso en serio predicamento a quienes, queriendo seguirlo en el mundo natural, se dieron en lo humano con un radical determinismo que ponía en peligro la libertad. De allí la hostilidad de la iglesia católica contra Descartes, por lo demás. Su dualismo entre alma y cuerpo es el de lo extenso frente a lo inextenso; lo "material" frente al pensamiento:

> Advierto en primer lugar que hay una gran diferencia entre el alma y el cuerpo en el hecho de que el cuerpo sea siempre divisible por naturaleza y el alma indivisible; ya que cuando la considero a ella o a mí mismo en tanto que soy una cosa que piensa, no puedo distinguir en mí ninguna parte, sino que veo que soy una cosa una e íntegra; y aunque el alma parezca estar unida a todo el cuerpo, al cortar un pie o un brazo o cualquier otra parte del cuerpo, conozco sin embargo que nada ha sido quitado al alma, y tampoco se puede decir que las facultades de querer, de sentir, de comprender, etcétera, sean parte de ella, porque es una y la misma alma que quiere, que siente, que comprende. Al contrario, no puedo pensar ninguna cosa corpórea o extensa que no pueda dividir fácilmente en partes con el pensamiento, y por esto mismo sepa que es divisible; y sólo esto bastaría para enseñarme que el alma es en absoluto diferente del cuerpo, si aún no lo supiese con suficiencia de otra manera.[6]

[6] Descartes, R., *Meditaciones metafísicas*, Buenos Aires, Aguilar, 1973, p. 121.

Pero si hay tal diferencia ontológica, ¿cómo actúa el alma sobre el cuerpo para evitarse el determinismo absoluto, y por tanto la ausencia de la libertad necesaria para el pecado cristiano? La respuesta en Descartes, a diferencia de Santo Tomás, es más bien la de un racionalismo absoluto, al estilo griego o de Hegel: el conocimiento impide el error en la elección; el individuo es tanto más libre cuanto más conoce:

> No es menester que pueda yo inclinarme por ambos términos opuestos para ser libre, sino al contrario, cuanto más propenso estoy a uno de ellos, ya porque veo en él la causa de lo verdadero y lo bueno, ya porque Dios dispone de tal suerte el interior de mi pensamiento, tanto más libremente elijo; y ni la gracia divina, ni el pensamiento natural la disminuyen, sino que la aumentan y la corroboran. Aquella indiferencia que experimento cuando ningún argumento me impele a una parte más que a otra, es el grado más ínfimo de libertad, y no testimonia alguna pefección en ella misma, sino tan sólo un defecto en el conocimiento,... (*ibidem*, p. 92).

Preocupado por el problema del que no había salido airoso Decartes, Leibniz recurrió a la postulación de un curioso ente metafísico, la *mónada*, que

> no es otra cosa que una sustancia simple, que forma parte de los compuestos; simple, es decir sin partes.[7] ... Estas mónadas son los verdaderos átomos de la naturaleza y, en una palabra, los elementos de las cosas (*ibidem*, p. 3).

Sin embargo,

> Las mónadas no tienen ventanas, por la cuales alguna cosa pueda entrar o salir de ellas, (par. 7).

Es decir, hay muchas *mónadas*, pero incomunicadas entre sí. Además son distintas. Algunas se llaman *almas*. Pero las humanas son *espíritus* (par. 29) que producen razonamientos fundados

[7] Leibniz, *Monadología*, Buenos Aires, Aguilar, 1964, p. 25, parágrafo 1.

en dos grandes principios, el de contradicción y el de razón suficiente (par. 31 y 32). Pero, ¿cómo se explica que las almas influyan sobre el cuerpo, si las mónadas no tienen ventanas? Leibniz recurre a la *armonía preestablecida*. En suma, dios ha dispuesto, desde el principio, un movimiento perfectamente combinado y coordinado entre las mónadas, a la manera en que un relojero perfecto hubiere construido relojes que marcan todos la misma hora, sin jamás descomponerse.

> El alma sigue sus propias leyes, así como el cuerpo las suyas; y se encuentran en virtud de la armonía preestablecida entre todas las sustancias, puesto que todas ellas son representaciones de un mismo universo, (par. 78).

Y preludiando un problema que también Kant intentará resolver por vías parecidas, dice Leibniz que

> Las almas actúan según las leyes de las causas finales, por apeticiones, fines y medios. Los cuerpos actúan según las leyes de las causas eficientes o de los movimientos. Y los dos reinos, el de las causas eficientes y el de las causas finales son armónicos entre sí, (par. 79).

En rigor, el dualismo es en Leibniz *pluralismo* ontológico. Pero muy particular, porque

> las sustancias creadas dependen de Dios que las conserva e, incluso, que las produce continuamente por una especie de emanación, como nosotros producimos nuestros pensamientos.[8]

De modo que, aunque las mónadas son *simples*, esto es, múltiples pero individuales e incomunicadas entre sí, de todos modos emanan constantemente de dios. Y para complicar más el problema,

[8] Leibniz, *Discurso de metafísica*, Buenos Aires, Aguilar, 1962, p. 44.

> … toda sustancia es como un mundo completo y como un espejo de Dios; o bien, de todo el universo que cada una de ellas expresa a su manera, algo así como una misma ciudad es vista de diferente manera según las diversas situaciones del que la contempla … toda sustancia … expresa, aunque confusamente, todo lo que sucede en el universo, pasado presente o futuro … y como todas las demás sustancias expresan esto a su vez y se acomodan a él, puede decirse que ella extiende su poder a todas las demás a imitación de la omnipotencia del creador, (*ibidem*, p. 35).

Es decir, en cada sustancia o mónada existe todo el universo. Todo está en todo. Y todo está preestablecido armónicamente. Entonces, ¿qué hay de la libertad? En suma, queda comprometida como en todo racionalismo fuerte, a pesar de los esfuerzos de Leibniz para superar a Descartes en este problema.[9]

Esta incursión por los antecesores de Kant en el dualismo ontológico pretende demostrar qué es realmente *dualismo* y por tanto demostrar que eso no está presente en Kelsen, como se le ha reprochado.

El dualismo kantiano es expreso, fuerte y claro. Lo que no quiere decir que sea fácil de explicar. Para Kant, el hombre es un ser dual, como en Santo Tomás, Descartes y Leibniz; por una parte, pertenece al mundo de los sentidos, al fenómeno; y como tal, está sujeto a la causalidad, como cualquier otra porción de materia, de "naturaleza". Pero por otra parte, posee una *facultad*, la *razón*, que no pertenece al mundo de los sentidos, y en virtud de la cual el hombre puede ser *causa* de ciertos *efectos*. La acción humana puede estar determinada por la razón.

> Tenemos, en nosotros mismos, una facultad, que no sólo está en relación con sus principios subjetivos determinantes, que son las causas naturales de su acción, y en tanto es la facultad de un ser que pertenece a los fenómenos, sino que también se relaciona con razones objetivas que son puramente ideas, en tanto que pueden

[9] La explicación de Leibniz para salvar la libertad humana es tan complicada, que es imposible incorporarla en este trabajo. Véase el parágrafo 13 del *Discurso* (pp. 39 y 55).

> determinar esta facultad ... Tal facultad se llama razón, ... (que) puede ser causa de acciones cuyo efecto es un fenómeno en el mundo sensible.[10]

Se trata entonces, de una concepción del hombre; de una *metafísica* que implica el reconocimiento de una dualidad cuerpo—alma.

> ...hay en el hombre un poder de determinarse él mismo independientemente de las contrariedades de las pendientes sensibles.[11]

Este hombre es, en esencia, *libre.*

> Yo entiendo ... por libertad, en el sentido cosmológico, la facultad de empezar de sí mismo; un estado cuya causalidad no está subordinada a su vez, según la ley de la naturaleza, u otra causa ...[12]. La libertad en el sentido práctico es la independencia de la voluntad en relación con la sujeción de las pendientes de la sensibilidad.[13]

La libertad del hombre consiste en la independencia de su voluntad respecto del mundo sensible.

> La voluntad puede comprender *el arbitrio*, así como el simple *deseo*, entendiendo por esto que la razón puede determinar en general la facultad apetitiva. El arbitrio que puede ser determinado por *razón pura* se llama libre arbitrio. El arbitrio que no es determinable más que por *inclinación* (*movil sensible, stimulus*) es un arbitrio animal (*arbitrium brutum*). El arbitrio humano, por el contrario, es tal que puede ser *afectado* por móviles, pero no *determinado*, y no es por consiguiente puramante por sí (sin hábito adquirido de la razón): puede sin embargo ser determinado a la

[10] Kant, I., *Prolegómenos...*, Buenos Aires, Aguilar, 1964, p. 170, párrafo 53.

[11] Kant, I., *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, El Ateneo, 1961, p. 490 (en *Lógica trascendental*, cap. IX, parte III).

[12] Ibidem, p. 489.

[13] *Ibidem*, p. 490.

> acción por una voluntad pura. La *libertad* del arbitrio es esta independencia de todo impulso sensible en cuanto a su *determinación*.

No puede ser más claro y repetido: el hombre es esencialmente libre, a diferencia del resto de la naturaleza; y su libertad le permite ser causa de acciones que tienen efectos en el mundo sensible.

Pero, ¿cómo puede la libertad actuar sobre la necesidad, el alma sobre el cuerpo, la razón sobre los sentidos? La explicación de Kant no es menos confusa, arbitraria y no convincente, que la de Santo Tomás, Descartes o Leibniz. La explicación de Kant reposa en la separación entre *fenómeno* y *noumeno*, y en esta particularidad del hombre que consiste en participar de ambos órdenes.

> Según el carácter empírico, el sujeto estará, pues, como fenómeno, sometido a todas las leyes de la determinación operada por el enlace causal, y no sería a este título sino una parte del mundo sensible, cuyos efectos, como otro fenómeno, se derivan inevitablemente de la naturaleza... Según su carácter inteligible, al contrario... el mismo sujeto debía, sin embargo, ser libertado de toda influencia de la sensibilidad y de determinación por los fenómenos, y puesto que no ocurre nada en él en tanto que es *noúmeno*, ... este ser activo sería, en sus acciones, independiente y libre de toda necesidad natural, como la que se encuentra únicamente en el mundo sensible. Se dirá de él, muy exactamente, que empieza en *él mismo* sus efectos en el mundo sensible ...[14]

Pero, ¿cómo es esto posible? ¿Cómo es posible que un acto pueda ser al mismo tiempo libre y causalmente determinado? Esta contradicción no le parece a Kant de difícil solución.

> Todo efecto en el mundo debe resultar o de la naturaleza o de la libertad, o bien si las dos pueden haber actuado juntas en un punto de vista diferente y en un solo y mismo acontecimiento", (*idem* p. 491). El efecto puede, pues, ser considerado en relación con la

[14] Kant, I., *Crítica...*, cit. p. 494

> causa inteligible como libre, y al mismo tiempo, en relación con los fenómenos, como una consecuencia de estos fenómenos según la necesidad de la naturaleza, (*idem*, p. 492).

Pero ¿cómo? Kant, después de decir que todas las causas empíricas están en el tiempo, y forman parte de una cadena ininterrumpida, dice, sin parecerle que sea una contradicción:

> Ahora bien, no hace el menor agravio admitir, aún por simple ficción, que, entre las causas naturales, las hay que no tienen nada más que un poder inteligible ..., (*idem*, p. 496).

Es decir, hay una causa que no está en el tiempo ni es parte de una cadena; es una "causa incausada": esta causa, que es sacada de algo así como la "experiencia interna del yo", es la razón; que aparece así: de pronto. Inesperadamente. Y entonces, habiendo ya "aparecido" esta inopinada nueva "causa", a pesar de que "ninguna acción dada (puesto que toda acción no puede ser percibida más que como fenómeno) podría empezar en sí misma en absoluto" (p.501),

> ... no se puede decir de la razón que el estado donde determina la voluntad es precedido de otro estado donde este mismo estado es determinado, pues la razón, no siendo ella misma un fenómeno y no estando sometida a las condiciones de la sensibilidad, no encu entra en sí misma sucesión de tiempo en cuanto a su causalidad; y por consiguiente la ley dinámica de la naturaleza que determina la sucesión según reglas, no puede serle aplicada, (*ibidem*, p. 501).

Es decir, todo fenómeno tiene causas empíricas. Pero hay ausas que no son empíricas, como la razón, la cual, como está fuera de la *empiria*, entonces no participa de ella: no se le puede aplicar las reglas de la causalidad natural.

Si de un acto humano preguntamos su causa, de una mentira por ejemplo, resultará que se explicará por la educación, las malas compañías, la perversidad o la falta de vergüenza (pág. 502). Pero no por ello censuraremos menos al sujeto. Y no por su historia particular o sus instintos, sino porque atribuimos esta acción a su carácter inteligible: "a pesar de todas las condi-

ciones empíricas de la acción, la razón ha sido libre" (p. 503) y por eso este acto debe serle atribuído. Como se ve, parece que toda esta alambicada disquisición no tiene otro objeto que justificar la pena o el castigo: la "retribución". Pero, si se pregunta: "¿por qué la razón no determinó de otro modo el fenómeno?", Kant dice que no hay a esto contestación posible (p. 503). Otra persona podría haber producido otro hecho (no mentir). Pero no sabemos porqué:

> No podemos, pues, cuando juzgamos las acciones libres en relación con su causalidad subir más que hasta *la causa inteligible*, pero no *más allá* ... ¿por qué el carácter inteligible da precisamente esos fenómenos empíricos, en las circunstancias presentes? Esto se halla fuera del poder de nuestra razón, y rebasa asimismo los derechos que ella tiene exclusivamente para proponer cuestiones". (*ibidem*, p. 504)

Así es que mejor no preguntar. La conclusión, a Kant se le aparece simple, lógica:

> ...el problema que tenemos que resolver no nos obliga a contestar a esta cuestión; pues no era otro más que saber si la libertad se opone a la necesidad natural en una sola y misma acción, y hemos contestado suficientemente, demostrando que, puesto que puede haber en esto una relación de otra especie de condiciones que en ésta, la ley de la última no afecta a la primera y, por consiguiente, las dos pueden tener lugar independientemente la una de la otra, y sin confundirse la una en la otra, (*ibidem*, p. 504)

Bien visto, parece increíble que nada menos que un Kant encuentre esto razonable. Ahora bien, ¿qué dice Kelsen al respecto? Precisamente lo contrario, y expresamente combate a Kant en este preciso punto de la libertad del hombre. Afirma, explícitamente, que el hombre está determinado en sus acciones por causas naturales; es decir, que las acciones humanas son explicables tal cual los demás fenómenos que suceden en el universo. Y que, precisamente, si se puede imputar moral o jurídicamente algo a alguien, es porque su conducta está determinada causalmente:

> ... sólo se atribuye o imputa algo a un hombre en la medida y en la extensión en que los órdenes moral y jurídico únicamente formulan exigencias para la conducta humana; y sólo lo hacen con la conducta humana porque se admite que únicamente en los hombres la representación de las normas de aquellos órdenes puede causar en ellos actos de voluntad que, a su vez, causarán la conducta requerida. La explicación no reside, pues, en la libertad, sino, a la inversa, en la determinabilidad causal de la voluntad humana". (*TPD*, p. 110).[15]

Y el reproche a Kant, se debe a que le adjudica creer que la libertad es una ficción. Cita otros textos kantianos próximos a los que hemos citado, según los cuales pareciera que Kant efectivamente cree en que la libertad es una ficción. Al margen de que crea o no Kant que se trata de una ficción, lo cual no condice con los textos citados más arriba en que no parece *ficción*, de todos modos resulta lo que quería mostrar: que Kelsen, si es un kantiano, es uno muy *sui generis*:

> A veces no se niega efectivamente que la voluntad humana, como todo lo que acaece, de hecho está causalmente determinada, pero se afirma, sin embargo, que sería menester, para hacer posible la imputación moral y jurídica, considerar al hombre como si su voluntad fuera libre. Esto es: se cree que hay que mantener, como una ficción necesaria, la libertad de la voluntad, su indeterminación causal. (*TPD*, p. 108). Esta es la actitud de Kant ... (sigue la cita de Kant, O.C.). Esto quiere decir que, desde el punto de vista del conocimiento teórico, la libertad de la voluntad, que se cree deba suponerse en la filosofía práctica, en la ética, para hacer posible la imputación moral es una pura ficción. La voluntad humana es vista *como si* no estuviera causalmente determinada, aún cuando, en realidad, efectivamente lo está, (*TPD*, p. 109, en la nota 73).

Pero al terminar este parágrafo 23, dedicado a la libertad, vuelve a la carga contra Kant en una larga nota (la 78), y aquí ya no dice que haya ficción en Kant, sino lo contrario: que hay un dualismo metafísico:

[15] Todo el parágrafo 23 de esta obra está dedicado a la cuestión.

> Aquí, la cosa en sí —como también la libertad, en el lugar arriba citado— es una ficción. Pero no debe negarse que Kant, en contradicción con el texto aquí citado, ha considerado necesario, para mantener la libertad de la voluntad como el fundamento de su ética, considerar como efectivamente existente a la cosa en sí, o, más precisamente: cosas en sí como transubjetivamente existentes, y no como meras ficciones, (*TPD*, p. 114)

La nota de donde tomo este texto, comienza diciendo que su posición respecto del conflicto entre la causalidad natural y la libertad supuesta por la imputación normativa, se "aproxima a la solución intentada por Kant". Nada más que luego el texto deja muy mal parado a Kant, del que, lo menos que afirma, es que se contradice. La nota, que explora textos kantianos de la *Crítica de la Razón Pura*, termina así:

> ...la libertad, que de hecho está esencialmente ligada a la imputación, no significa, como supone Kant bajo el influjo del dogma teológico de la voluntad libre, una superación de la ley causal —es decir, que la voluntad del hombre creado a imagen y semejanza de Dios es causa, como la voluntad de Dios, de efectos, sin ser efecto de ninguna causa—, sino que (supone que) el hombre ... sea término final de una imputación efectuada fundándose en ese orden normativo, con respecto de otra conducta humana determinada por ese orden, (*TPD*, p. 114).

El texto es muy complicado. Pero una lectura atenta arroja como resultado un repudio total de Kelsen a la postura dualista de Kant.

2.2. *Kelsen y Hume*

Por el contrario, Kelsen aplaude el monismo de Hume. En *Sociedad y Naturaleza*, Kelsen observa que allí donde haya leyes "inviolables" tiene que haber un dios que las haya dictado. Y que quien postula la libertad humana frente a la necesidad natural, postula también la posibilidad de "violar" las normas. Y dice que precisamente es al revés: son las normas las que son inviolables (porque no se refieren a la realidad), mientras que, cuando saca-

mos a dios del medio, no hay ninguna razón para que las "leyes naturales" no puedan ser contradichas por las excepciones. Y precisamente ve a Hume como quien, suprimiendo a dios, abrió paso a la concepción relativista de la ciencia contemporánea. Al mismo tiempo, Hume abrió paso a una reconstitución del monismo primitivo, pero sobre la base opuesta: ahora es la sociedad la que es vista igual que la naturaleza. Pero, bien entendido, ya no se trata de una naturaleza *necesaria*, ineluctable, sino una naturaleza cuya ciencia se basa en la *probabilidad*, e incluso acepta la *indeterminación*. En suma, *Naturaleza* y *Sociedad* son una misma cosa ¿Cómo encontrar aquí un kantiano?

> El verdadero logro de Hume ... consistió ... en el hecho de que renunció a buscar la necesidad del nexo causal en la voluntad de Dios y abandonó esta idea junto con toda la noción previa de causalidad. La ley de causalidad dejó de ser una expresión de la voluntad divina, una norma ... Sólo una norma puede pretender inviolabilidad, porque una norma no es un juicio sobre la realidad y, por tanto, no puede nunca contradecirla. La realidad, empero, tal como aparece ahora al conocimiento humano, no admite como esquema de interpretación una ley inviolable. La transformacion de la noción de causalidad, cuyo último paso es el reemplazo de la necesidad absoluta por la simple probabilidad estadística, es en el pensamiento moderno correctamente considerado 'revolucionario', (*SyN*, p. 402).

En otro momento, sí, aparece Kant:

> Al transformar la causalidad de una conexión objetivamente necesaria entre causa y efecto, inmanente a la naturaleza, en un principio subjetivo del pensamiento humano, Hume y Kant meramente libertaron a la ley de causalidad de un elemento que heredó como sucesora del principio de retribución, (*SyN*, p. 386).

El resultado es que

> Después de la completa emancipación que de la retribución ha logrado la causalidad en la noción moderna de ley, la sociedad es —desde el punto de vista de la ciencia— una parte de la naturaleza, (*SyN*, p. 410).

Es decir, existe en Kelsen la aceptación de un monismo absoluto desde el punto de vista ontológico: sólo existe *una* realidad, a la que conocemos a través de un tipo de ciencia que utiliza enunciados de tipo descriptivo, con los cuales pretende explicar los fenómenos conforme con un tipo especial de conexión que llamamos *causalidad*. Pero esta causalidad no implica la creencia en ninguna metafísica de las que postulan la necesariedad del mundo ¿Y Kant?

> Partiendo de este punto y continuando en la dirección indicada por Hume, llegó Kant a su propia doctrina. Afirmó que la mera observación de la realidad no podía establecer la necesidad de una conexión entre dos hechos, como causa y efecto; consecuentemente, señaló el concepto de causalidad en una noción innata, una categoría a priori, una forma inevitable y necesaria de la cognición mediante la cual coordinamos mentalmente el material empírico de la percepción sensorial, (*SyN*, p. 384)

¿Está de acuerdo Kelsen con esto?

> La causalidad no es una forma de pensamiento de la que la psique humana se halle dotada por necesidad natural; no es, como Kant la llamaba, un concepto innato, (*SyN*, p. 2).

¿Dónde está el kantismo de Kelsen? ¿No aparece acaso aquí como un empirista discípulo de Hume?

3. *Causalidad e imputación*

Las dificultades, que como dijimos provienen de algunos textos del propio Kelsen, para entender su diferencia entre *naturaleza* y *sociedad*, han comenzado a disiparse: el mundo es uno y lo que en él sucede es captado por el pensamiento conforme con el principio de la *causalidad*. Lo que sucede es que no debe confundirse con otra forma mental de establecer la conexión entre dos hechos, que es el principio de *imputación*. Según este principio, somos capaces de pensar que, dado un hecho, *debe* suceder otro.

Ahora bien, el pensamiento en el que sucede esta conexión de *imputación*, es, sin duda, *un hecho*. Pero este hecho, *un pensamiento*, no enuncia un hecho. En cambio cuando pensamos una conexión entre dos hechos *conforme al principio de causalidad*, enunciamos un hecho. Esta es la diferencia entre *ser* y *deber.*

Se trata de dos hechos; de dos pensamientos que suceden en el tiempo y el espacio (en realidad Kelsen dice que uno es un pensamiento y el otro un acto de voluntad). Pero uno enuncia un hecho y el otro no. El que no es un hecho, es *una norma*. Y la diferencia entre una norma y un hecho, consiste en que la norma es el *sentido de un acto de voluntad*. Eso no hace que el acto de emitir ese sentido no sea un hecho. Y como tal hecho, puede ser analizado conforme con el principio de causalidad. Lo cual, por su parte, no impide decir que la norma, en sí misma, no puede ser analizada conforme con el principio de causalidad, de la misma manera que cualquier enunciado.

Dicho de otra manera, la diferencia entre *ser* y *deber* es la misma que existe entre el lenguaje y su referente. Los lingüistas distinguen entre una palabra —"piedra", por caso—, y el objeto al cual se le aplica. Y no por ello parece que deba pensarse que son neokantianos.

En algunos textos, Kelsen dice que la diferencia consiste en que con un enunciado como el de las leyes naturales nos referimos a sucesos en los que no interviene la voluntad humana, mientras que con un enunciado normativo nos referimos a una norma, que es *el sentido de un acto de voluntad.*

> ...el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante, (*TPD*, p. 91). La diferencia entre causalidad e imputación reside en que la relación entre la condición como causa y la consecuencia como efecto, que se expresa en la ley natural, no es establecida, como la relación entre condición y consecuencia formulada en una ley moral o jurídica, mediante una norma puesta por un hombre, (*TPD*, p. 104).

En estos y otros textos, la diferencia entre *ser* y *deber* consiste en que el deber es producto humano y el ser, al parecer, no lo es. Si se interpretara esto en el sentido, ese sí que kantiano, de que en la naturaleza no cabe la intervención voluntaria del hombre, la cual sí cabe en lo sucesos humanos, estaríamos ante un Kelsen para quien las ciencias acerca de la sociedad son distintas que las naturales. Pero no es así. No puede interpretarse así, puesto que hay textos expresos en sentido contrario.

> Una vez reconocido el principio de causalidad, cabe aplicarlo también a la conducta humana. La psicología, la etnología, la historia, la sociología, son ciencias cuyo objeto es el comportamiento hum ano en tanto está causalmente determinado; es decir, en cuanto se desarrolla en el dominio de la naturaleza o de la realidad natural, (*TPD*, p. 100).

Es decir, no es que en el tipo de sucesos que investiga la sociología no haya lugar para la voluntad —si es que existe algúnacuerdo sobre qué sea eso—, sino que esa voluntad será analizada como determinada por otros hechos antecedentes a los que se denomina *causa*. En cambio una norma, que ha sido introducida por un hecho —por un acto de voluntad—, considerada en sí misma, enuncia algo que no es un hecho, y por tanto no puede analizarse como tal.

En resumen, no cabe pensar en ningún kantismo por el hecho de que Kelsen establezca una diferencia entre *ser* y *deber*. En este punto, entonces, no existe ninguna incompatibilidad entre un pensamiento marxista y las propuestas de Kelsen.

Capítulo III

LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE KELSEN

1. *Una lamentable confusión*

El propio Kelsen parece haberlo querido así. No otro que él mismo propició esta lamentable confusión de su pensamiento con el de un positivismo, apolítico a veces, apologético del estado burgués otras veces. Porque es justamente en la primera frase del prólogo de 1934 al libro que lo convertiría en el jurista más importante del mundo moderno, que escribió lo que, para muchos, constituye el núcleo de su pensamiento. Este prólogo comienza así:

> Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir, una teoría del derecho purificada de toda ideología política..., (*TPD*, p. 9)

Con esto Kelsen se convertía en ese gran jurista, pero también se convertía en un filósofo casi desconocido. De buena o de mala intención —la mayor parte de las veces parece esto último—, la insistencia de Kelsen en la pureza permitió a muchos soslayar el conjunto de su pensamiento, convirtiéndolo en uno de los grandes pero casi desconocidos pensadores políticos del mundo contemporáneo.

En efecto, Kelsen comenzó su libro con esa declaración. Pero, ¿por qué tanta insistencia en crear una ciencia "pura" del derecho? En realidad, él mismo lo dice unos renglones más adelante: explicando el porqué de las a veces violentas oposiciones "lindantes con el odio" a su propuesta teórica, dice que no puede tratarse de una cuestión simplemente metodológica sobre el *status* de la ciencia jurídica: por el contrario,

> se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política ... de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho..., (*idem*).

Con poco que se repare en ello, este texto, a sólo pocas líneas más adelante del anterior, por lo tanto tan fundador de su pensamiento como el otro, contesta a la pregunta ¿por qué quiere fundar esa ciencia "pura"? *Por una razón claramente política*: la ideología jurídica no debe seguir haciendo pasar por ciencia, y por tanto ocultando bajo el prestigio de ésta, lo que no es más que el intento de justificar el poder ejercido por "alguien" que no desea confesar que lo hace. El objetivo de fundar una ciencia pura del derecho no es justificar todo poder, como se ha dicho, sino lo contrario: *despojar de toda justificación "científica" a cualquier poder.*

Y esto también está en las palabras iniciales de Kelsen acerca de su obra. Sin embargo, parece pasar desapercibido para dejar lugar a la idea de que el centro de su pensamiento es "a-político", "metodológico" o "científico". Las cosas empiezan a aparecer de otra manera si pensamos que el libro que él llamó *Teoría Pura del Derecho* es una teoría "una filosofía" de ninguna manera "pura", que, *por razones políticas*, intenta *fundar una ciencia*, ésta sí, pura. Es decir, en este libro, donde se enuncia una teoría mal llamada "pura", lo que verdaderamente podemos encontrar es una muy profunda, rica, densa, *Filosofía Política*, una reflexión acerca del derecho y el poder, y un intento, metodológico, científico, sí, también, de poner en su lugar a la *Jurisprudencia*, que debe ser una ciencia que se limite a la descripción del derecho positivo, que, no por ser tal ciencia del derecho, tiene derecho a incluir subrepticiamente la justificación de ningún estado. Dicho de otro modo, lo que resulta "pura" es la ciencia, no la teoría que la funda.

Como no podía, por lo demás, ser de otra forma: la fundación de una ciencia no puede ser "científica". Es siempre *filosófica*. Pretender fundar científicamente una ciencia es una petición de principios. Como lo dijo, por lo demás el propio Kelsen.[1]

[1] "Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía", (*TGE* p. VIII).

Sólo algunos positivistas, verdaderamente apologetas del derecho y el estado, se han atrevido, sin ningún rubor, a intentar hacer creer que la ciencia no se funda en una filosofía. Y hay un género de "kelsenistas" que también suponen "o quieren hacer creer" que una ciencia jurídica "pura" no se funda en una *Filosofía del Derecho*, o que una ciencia "apolítica" no es instrumento de una política. Afortunadamente este género de positivistas apologéticos es contestado por otros positivistas no dispuestos a formar en las filas de los panegiristas del poder. Es un lamentable error, que no hace sino conspirar contra una cultura jurídica no apologética, confundir al positivismo con ciertos positivistas, y a Kelsen con ciertos kelsenistas. Un error del mismo tipo que confundir a Marx con ciertos marxistas.

No parece necesario abundar más sobre esto. En lo que sigue exploraremos esa filosofía kelseniana que funda la ciencia pura del derecho, de la que Kelsen, por lo demás, nunca se ocupó profesionalmente. Porque de lo que realmente se ocupó, no fue de *practicar* esa ciencia, sino sólo de fundarla: lo que hizo fue *Filosofía Política*. Y esto, que parece haber quedado oculto, es lo más interesante para revisar las relaciones, siempre conflictivas, entre Kelsen y el marxismo.

2. *Los motivos fundamentales*

Quizás su pensamiento más originario se resume en la idea de que el hombre es un ser que posee cierta *naturaleza humana* inmutable "o mutable, pero en todo caso en un futuro incierto" como han pensado desde siempre los filósofos del mundo occidental. Y esto lo convierte en un "jusnaturalista" y un "metafísico" si se quiere. En efecto, si por "jusnaturalismo" y "metafísica" hay que entender la creencia en ciertas características universales que comparten todos los hombres, Kelsen está entre quienes eso piensan. Pero, en realidad, esta convicción la comparten todos los filósofos, excepto aquellos que "no saben" o "no pueden saber" nada acerca de esencias de las que no tienen experiencia empírica. Sin duda Kelsen no está entre estos últimos.

Lo que sí es materia disputable entre quienes creen en una *naturaleza humana*, es la *característica* de ella. Las notas o mar-

cas de tal *naturaleza* han sido vistas de distintas maneras, y es, por lo demás, un tema clásico de la filosofía occidental. Simplificando mucho las cosas, podría decirse que si hay quienes pensaron que el hombre es "bueno" pero que la sociedad lo corrompe, y otros pensaron que el hombre es "malo", pero que la sociedad, represión mediante, le permite subsistir, Kelsen se encuentra entre estos últimos. Si calificáramos a los primeros como "optimistas" y a los segundos como "pesimistas", Kelsen estaría entre estos últimos; los cuales dirían que los otros pecan de *ingenuidad*.

En la línea de quienes han visto al hombre como un ser "naturalmente" "*originariamente*" pacífico, ingenuo, amigable, de espíritu comunitario, libre, están sin duda Rousseau, Marx y el pensamiento judeocristiano. Sólo una *caída*, claramente histórica en los dos primeros, aparición de la propiedad en Rousseau y del *valor* en Marx, confusamente ahistórica y personal en el caso del cristianismo, hizo que el hombre pasara a un otro estadio donde impera la guerra, la corrupción y la maldad.

En la línea de quienes han pensado al hombre como un ser que, contradictoriamente, no puede subsistir aislado, pero al mismo tiempo no puede convivir sino conflictivamente, está notoriamente, Hobbes. Y en esta línea hay que inscribir a Kelsen.

Hay un segundo parámetro, simplificador también, que permite ubicar a Kelsen. Están quienes han creído ver para el futuro del hombre una redención, como el cristianismo, Marx o los libertarios anarquistas, y quienes han creído ver que el hombre no tiene otro futuro que el estado, como Rousseau, Hobbes o Hegel. Kelsen está entre estos últimos: es pesimista y de ninguna manera aceptó nunca la posibilidad de que desapareciera el estado, o, más en general, la normatividad.

Otro parámetro simplificador, es el siguiente: hay quienes han pensado que el estado es un valor positivo, y quienes lo han visto como negativo, como un mal necesario en el mejor de los casos. Kelsen está entre estos últimos, junto a los anarquistas y los liberales radicales. Y les reprocha a los marxistas-leninistas —Kelsen intenta salvar a Marx de esta crítica, como veremos— ser apologetas del estado porque proponen que un tipo de estado, el de la dictadura del proletariado, conducirá a la supresión de todo estado y a la libertad: apología del estado y utopía filosófica.

En la línea de Freud, Kelsen pensó al hombre como un ser cuya naturaleza más recóndita incluye pulsiones egoístas, violentas, anticomunitarias. Pero también, en la misma línea, que el hombre puede ser *educado*, esto es, *reprimido*. Su conducta puede ser *controlada* socialmente, y eso es, precisamente, lo que es el derecho: una técnica de control social.

Pero, al mismo tiempo, la libertad, para Kelsen, es el valor humano supremo. Esta exigencia ética, enfrentada contradictoriamente con aquella antropología política básica, funda para Kelsen el valor ético-político mayor: la democracia. El hombre quiere ser libre, pero no puede subsistir sin el control social; su única esperanza, entonces, es la tolerancia democrática. Por eso es todo lo contrario de un apologeta del estado, como se ha querido verlo: es un constante denunciador, un *crítico* del poder. De *todo* poder. Pero es también lo contrario de un ingenuo: siempre será necesario reprimir las pulsiones antisociales originarias, aún cuando se lograra suprimir "la infame injusticia del ordenamiento capitalista de la sociedad" (*SyE*, p. 185). Frente a la violencia y el egoísmo originario, la normatividad; frente al edictor de las normas, la democracia.

La democracia, así, se constituye en el valor fundamental. Si la libertad es la aspiración ideal, la democracia es su posibilidad histórica, la conjunción entre naturaleza y valor, entre el originario fondo de la violencia y la exigencia racional de la normatividad. Pero con un detalle: la aspiración libertaria exige que la represión del originario natural tenga características específicamente humanas que no son sino el *consenso*. No se trata como en la técnica, de que, al favor de la ciencia, pueda torcerse, dominarse, reprimirse, la naturaleza, violentamente si es necesario. Tratándose del hombre, la dominación de su naturaleza debe ser, digamos "racional"; esto es, *consentida*; con la adhesión del dominado. A quienes ejercen el poder, porque siempre hay unos "quienes" aunque a veces no sean tan visibles, Kelsen ha querido quitarles una justificación "científica": no hay ninguna ciencia, pero mucho menos la que estudia las normas, que pueda justificar el poder. Quien lo ejerza tiene que confesar que el *sentido* dado a las conductas a través del acto de su voluntad que constituye la norma, no tiene ningún asidero natural. Lo más que puede reco-

nocerse es que, "por naturaleza", es necesario algún sentido, algún contenido normativo. Pero ninguno en especial. Incluso las normas que establecen técnicas democráticas deben ser argumentadas, discutidas y aceptadas. Cuando Kelsen argumenta a favor de la democracia, no lo hace como científico "puro", sino como filósofo. Y esto no quiere decir otra cosa sino que quien da el sentido no debe buscar su justificación sino en el consentimiento del súbdito. Quien tenga el poder, parece decir Kelsen, confiese su arbitrariedad y busque su legitimación en el consenso; jamás en la ciencia o en la naturaleza. Que es aquello en que consiste la política, agreguemos nosotros: en la disputa del consenso. Veamos esto en los textos.

3. *Una antropología política*

Posiblemente sea una redundancia. Posiblemente ambas palabras dicen lo mismo. Posiblemente no hay filosofía política que no sea antropología ni antropología que no sea política; y seguramente no la hay al margen de una *Filosofía del Derecho*. Y Kelsen es un buen ejemplo de ello.

Tal vez desde sus más tempranos textos, pero seguramente mucho antes de que pensara en esa suerte de resumen de su pensamiento anterior que es la segunda *TPD*, Kelsen buscó al hombre "originario", sintiéndose fuertemente atraído por la visión del mundo de los pueblos primitivos. La diferencia entre imputación y causalidad, entre naturaleza y sociedad, le pareció siempre que poseía la respuesta a la pregunta fundamental sobre el hombre originario y su posterior desarrollo histórico.

En primer lugar, nunca dudó de que la explicación de la ideología está en las relaciones sociales. Sin embargo, tampoco dudó de que hay ingredientes individuales aún anteriores a la sociedad. No en el sentido de que hubiera habido hombres anteriores a toda sociedad —"todos nacen en una sociedad preexistente, o sea en un orden o sistema normativo", dice contra Rousseau—, sino en el sentido de lo que llamó a veces "temores" y "deseos", seguramente con reminiscencias freudianas. La explicación de la normatividad debe ser buscada en la conjunción de sociedad e inconsciente. Veámos algunos textos.

3.1. *Libertad e igualdad*

> Libertad e igualdad, en efecto, son las ideas fundamentales de la democracia y los dos instintos primitivos del hombre como ser social; deseo de libertad y sentido de igualdad están por eso en la base de ella.[2]

A su vez, la libertad e igualdad son "reacciones" frente a la coerción ínsita en toda sociedad:

> Se trata en primer lugar, de una reacción contra la coersión ínsita en toda especie de realidad social, de una protesta contra una voluntad extraña a la cual la propia debe someterse, de una resistencia al orden, del desagrado creado por la heteronomía; es la misma naturaleza la que, en busca de la libertad, se rebela contra la sociedad, (*idem*).[3]

Esta contestación "natural" de todo poder social hace pie en deseos y temores individuales.

> El hombre siente el peso de una voluntad extraña imponérsele como orden social, voluntad que es tanto más insoportable cuanto más la conciencia del propio valor rechaza la pretensión de cualquier otro de representar un valor más alto. (*idem*).[4] Es la misma naturaleza la que en su ansia de libertad se subleva contra la

[2] Kelsen, H., "Democrazia e filosofia" en *I fondamenti della democrazia* (en adelante DyF), Bolonia, Il Mulino, 1970, (versión italiana de "Fondations of democracy", en, *Ethics*, LXVI, años 1955 y 56, p.150): "Libertà ed eguaglianza, infatti, sono le idee fondamentali della democrazia e i due istinti primitivi dell'uomo como essere sociale, desiderio di libertà e senso di iguaglianza, sono quinde alla basse di essa."

[3] "Si trata prima di tutto, di una reazione alla coercizione insita in ogni specie di realtà sociale, di una protesta contro una voluntà estranea cui la propia dovrebbe sottometersi, di una resistenza all'ordine, al disagio creato dall'eteronomia; è la stessa natura che, in cerca di libertà, si ribella alla società", (*idem*).

[4] "L'uomo sente il peso di una voluntà estranea impostagli come ordinamento sociale, volontà che è tanto più insopportabile quanto più la coscienza del propio valore respinge la pretesa di chiunque altro a rapprasantare un valore più alto", (*idem*).

> sociedad. El peso de la voluntad ajena, impuesto por el orden social, es tanto más abrumador cuanto más intensamente se manifiesta en el hombre la conciencia del propio valer ...[5]

Hay por tanto, en el origen de lo social, un elemento individual. Una afirmación del yo frente a lo otro que tiene carácter de *rechazo* de la pretensión de dominarlo.

> Cuanto más elemental es su sentimiento hacia aquél que pretende ser su superior, tanto más el hombre tiende a preguntarse: es un hombre como yo; somos iguales; ¿de dónde deriva su derecho a dominarme? (*DyF* p. 150).[6]

El peso del poder extraño sobre el yo, es tanto más abrumador cuanto más se manifiesta la conciencia del propio valer:

> ...al rechazar la superioridad de los demás, y mientras más profundamente alientan contra el señor o el imperante los sentimientos de los súbditos: 'él es un hombre como yo, y todos somos iguales, ¿De dónde emana su derecho a mandarme?', (*EyVD*, p. 15)

Desde luego, es totalmente disputable la idea kelseniana de que el sentimiento de igualdad sea un dato "natural". Pero aquí sólo estamos haciendo una lectura de los fundamentos filosóficos de su pensamiento político, y en última instancia, de las razones que lo condujeron a intentar formular una ciencia del derecho "pura".

[5] Kelsen, Hans, "Esencia y valor de la democracia" en *Idem*, México, Ed. Nacional, 1974, (en adelante *EyVD*. El original alemán es de 1920) p. 15.

[6] "Quanto più elementare è il suo sentimento verso colui che pretende di essergli superiore, tanto più l'uomo tende a demandarsi: è un umo come me; siamo equali; da che deriva il suo diritto a dominarmi?", (*DyF* p. 150).

Entre libertad e igualdad hay una relación de parentesco:

> Así, la idea negativa de igualdad sostiene a la idea también negativa de libertad, (*DyF*, p. 150).[7]

Es decir, se trata de ideas "negativas", de resistencia, ancladas en el "espíritu humano":

> La importancia, inmensa, casi inconcebible, que posee la idea de libertad en la ideología política, solamente es explicable buscando su origen en una recóndita fuente del espíritu humano, y en aquél instinto primtivo hostil al estado que enfrenta al individuo con la sociedad, (*EyVD*, p. 18).

"Sentimientos" e "instintos"; hé aquí las palabras usadas por Kelsen a la hora de fundar su filosofía politica. También los "temores" y los "deseos" freudianos:

> Las ideas del hombre en relación con aquello que debe ser y en relación con lo que debe ser hecho, tienen su origen, como ya he señalado, en sus desos y temores, (*DyF*, p. 152).[8]

3.2. *La imperfección humana. La maldad*

Ahora bien, en estos texto sobre la democracia que hemos repasado, la igualdad y la libertad, aún como *sentimientos* antiestatales, aparecen cargados de un sentido positivo; precisamente porque se trata de fundar la democracia. Pero en otros textos donde la cuestión es otra, donde de lo que se trata es de polemizar contra los totalitarismos, estos datos "primitivos" del hombre, aparecen cargados de sentido negativo; porque en estos casos de

[7] "Cosí l'idea negativa di uguaglianza sostiene l'idea altrettanto negativa di libertá", (*DyF*, p. 150).

[8] "Le idee dell'uomo in relazione a ciò che deve essere e a ciò que debe essere fatto hanno la loro origine, como ho già accenatto, nei suoi desideri e timori," (*DyF*, p. 152).

lo que se trata es de combatir las *utopías*, que se fundan en la idea del hombre originariamente "bueno":

> ... la idea del derecho natural presupone evidentemente que tal diferencia de opiniones, es decir, un litigio entre el pretensor y el obligado, es cosa excluída; y este supuesto se da bajo la idea de que las partes poseen las condiciones de entendimiento y voluntad exigibles, que son sabias y buenas, y ambas en el mismo grado; en una palabra, que son perfectas ... Precisamente en tal idea y no en ninguna otra cosa es donde reside la esencia de la utopía. Si se abandona este supuesto como contradictorio con la experiencia... el abandono de la utopía de los hombres sabios y buenos, significa ... un nuevo paso hacia la positividad.[9]

Y más adelante:

> Esta posibilidad de una contradicción del grado individual de la ordenación jurídica con el grado general, igualmente fatal cuando se trata de la realización del derecho positivo como del derecho natural, encuentra su razón ineliminable en la insuficiencia del hombre, que puede ser equivocado y malo, (*ibidem* p. 39).

Pero es principalmente en su crítica a la utopía marxista de la desaparición del estado, donde Kelsen muestra el lado negativo de la naturaleza humana.

> ...esta ceguera de una teoría social, que ve todo únicamente en la pantalla gris de lo económico, consiste en el hecho de que, para explicar las relaciones externas, no recurre a la naturaleza espiritual del hombre, sino por el contrario, hace responsable a las relaciones externas y a las relaciones de producción de la inadaptación de esta naturaleza. El capitalismo malvado hace malo al hombre, lo vuelve delincuente, una persona socialmente dañina; esto es lo que enseña el marxismo. Sólo que tal vez, el capitalismo sólo es posible porque este sistema reprobable de explotación corresponde sin embargo en cierto modo a la naturaleza del hom-

[9] Kelsen, H., "La idea del derecho natural" en *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, México, Nacional, 1974, p. 37.

bre, porque existe en el hombre un impulso irresistible a hacer que los demás trabajen para uno, o más bien, en términos generales, a utilizar a los demás hombres como medios para los propios fines ... La confianza en una comunidad solidaria, en la que todos tienen *una sola* y, en consecuencia, *buena* voluntad, se basa o en el desconocimiento de la naturaleza humana o en la confianza en la posibilidad de su cambio radical, (*SyE*, p. 275).

Y sobre la posibilidad de un cambio en la naturaleza humana, en la nota 102, de la página siguiente, dice:

No se puede afirmar por cierto que la naturaleza humana sea simplemente inmutable. Pero nadie puede decir de qué manera se transformará ... Y por esta razón —si no se quiere caer en fantasías utopistas— es necesario contar, por el momento, con la naturaleza humana que conocemos. Debe aceptarse ciertamente que la criminalidad *actual* que en gran parte —¡aunque no del todo!— se deriva de la necesidad económica, desaparecerá en una sociedad comunista. Pero ante un 'ordenamiento social fundamentalmente distinto...' (aquí cita palabras de Max Adler, O.C.) surgirá precisamente una 'criminalidad' completamente distinta, prescindiendo completamente del hecho de que la causa de numerosos delitos se encuentra en circunstancias que ni siquiera el ordenamiento comunista eliminará, como por ejemplo, los delitos de celos, de ambición, los delitos con fondo sexual, etc... Yo sólo digo que una realización a—estatal del socialismo es imposible si se toma en cuenta la naturaleza humana que conocemos, y no he dicho ninguna palabra que ponga en duda la posibilidad de la teoría económica del socialismo. Es más, creo directamente que sólo se le presta un buen servicio al socialismo, cuando se lo libra de la esperanza utopista de una sociedad anarquista—solidaria, en la que todos los hombres sean un pueblo de hermanos.

Ahora, en la crítica del marxismo, el instinto natural de libertad y afirmación del yo, aparece como la cuestión de la propiedad:

Es ciertamente una miopía presumir ... que el instinto de propiedad ha sido producido *artificialmente* por el ordenamiento económico capitalista. En este caso se trata seguramente de un instinto elemental del hombre, y no de una consecuencia, sino por el contrario de

una condición previa, de un fundamento espiritual del ordenamiento económico capitalista. Esto no puede ser de hecho una justificación de la propiedad privada o directamente del ordenamiento económico del capitalismo". (*SyE*, p. 301).

Y seguidamente, una idea más general: sólo la coerción puede zanjar la oposición entre individuo y sociedad:

Todas las civilizaciones progresan sólo en la lucha, en la remoción o limitación de los instintos humanos. Pero este reconocimiento hace inevitable la conclusión de que sólo un ordenamiento *constrictivo* hace posible una condición social en la que hay poca cabida para un instinto original del hombre ..., (*idem*).

3.3. *La búsqueda de la felicidad*

Como se ve, en los textos en que defiende la democracia, el hombre natural tiende a la libertad, mientras que en aquellos en que ataca a los totalitarismos, el hombre natural es "malo" en el origen. Pero en ambos casos, está enfrentado al estado, esto es, a la coerción generada por la sociedad. En ambos casos, el individuo se opone a la sociedad como *yo* frente al otro social. Sólo que en el primer caso para fundar la democracia, y en el otro para fundar la coerción social. Aunque con poco que se piense, en ambos casos se trata de la coerción que permite la vida social. Y esto, porque en el hombre el

...anhelo de justicia es el eterno anhelo humano por la felicidad, la felicidad que el hombre aislado no puede hallar y que por eso la busca en la sociedad. La justicia es la felicidad social.[10]

He aquí otro dato natural que funda al estado:

Resulta evidente que no puede haber un orden 'justo' mientras el concepto de felicidad sea entendido en su sentido original restringido de felicidad individual, cualquiera sea el modo como la conciba

[10] Kelsen, H., "La justicia platónica", en *La idea...*, cit., p. 210.

el individuo. Porque entonce se hace inevitable que la felicidad de uno pueda, en algún momento, ser incompatible con la de otro ... La felicidad que un orden social puede asegurar, sólo puede ser felicidad en el sentido colectivo..., (*idem*).[11]

Este dato natural "felicidad", que sólo puede alcanzarse socialmente, aparece en los textos sobre la democracia, como el problema de que para seguir siendo libres e iguales, es necesario un estado:

Del supuesto de nuestra igualdad "ideal" puede inferirse la tesis de que nadie puede dominar a nadie. Pero la experiencia demuestra que para seguir siendo iguales necesitamos soportar el dominio ajeno", (*EyVD*, p. 16).

3.4. *La democracia*

Ahora bien, este dominio necesario, debe tener ciertas características para que pueda decirse de él que es conforme a las naturaleza humana, conforme con el anhelo de felicidad, que sólo se consigue en sociedad, pero a la vez conforme con el anhelo de libertad. A desarrollar esta idea está dedicado el texto denominado *Esencia y valor de la democracia*, que con reminiscencias hegelianas y marxistas, constituye uno de los más bellos y contundentes panegíricos de la democracia moderna.

Y digo que con reminiscencias hegelianas y marxistas, porque el tipo de razonamiento es típicamente dialéctico.

3.4.1. *El paso de la libertad natural a la libertad política*

Si la sociedad y el estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio... y por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos

[11] Obsérvese que en otro momento de su vida Kelsen afirmó algo mucho más "individualista": que la justicia consistía en un orden social en el cual existiera plena libertad para los científicos.

> por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en libertad social y política, (p. 16).

Al mismo tiempo, hace aparecer aquí la diferencia entre naturaleza y sociedad, que es otro de los motivos fundamentales de su pensamiento filosófico:

> A la *ley de causalidad* se contrapone la norma. Desde el punto de vista de la Naturaleza, y en un sentido primitivo, libertad significa la negación de las leyes sociales, y desde el punto de vista de la sociedad, la negación de las leyes naturales. El 'retorno a la naturaleza' (o la 'libertad natural') sólo significa ruptura de los vínculos sociales, mientras que el acceso a la Sociedad (o sea a la libertad social) significa ruptura con las leyes naturales, (p. 17).

El paso de lo natural a lo social, es mostrado también como una *desnaturalización*:

> El paso de la formación germánica a la llamada idea clásica del problema de la libertad es sólo el primer peldaño de aquel inevitable proceso de transformación, de aquella desnaturalización a que está sujeto el instinto primitivo de libertad en el camino que recorre la conciencia humana desde el estado de naturaleza al estado de orden político coactivo, (p. 18).

3.4.2. *De la libertad política "autogobierno", al gobierno de la mayoría.*

La libertad natural, trastocada en libertad política, significa el autogobierno. La idea de la libertad

> ...solamente es explicable buscando su origen en una recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al estado que enfrenta al individuo con la sociedad. Sin embargo, este pensamiento de libertad, por un fenómeno casi misterioso de autosugestión se trueca en el mero anhelo hacia una determinada

> posición del individuo dentro de la sociedad. La libertad de la *anarquía* se transforma en libertad de la democracia, (p. 18).[12]

Esta *posición* del individuo en la sociedad, es la posición de quien se autogobierna. Ello implicaría entonces la *unanimidad*; pero como ello no es posible "dada la comprobada diversidad de intereses"[13], entonces resulta que el autogobierno se treuca, en este viaje de la idealidad a la realidad, de la naturaleza al estado, en gobierno de la mayoría. El orden, creado por unanimidad, es regenteado por mayoría.

> En cuanto la democracia, inspirándose, al menos hipotéticamente, en la idea de libertad, desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad, viene a conformarse con una mera aproximación a la idea original. Es un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad que todavía se interpreta

[12] Obsérvese que habla de "fenómeno misterioso de autosugestión" lo cual lo coloca en la más plena de las metafísicas según las ideas positivas que él mismo, por lo demás, acepta en cuanto se trata de ciencia. Inmediatamente dice que esta "transformación es más importante de lo que parece a primera vista", y se refiere a Rousseau, al que llama "apóstol de la libertad (p. 20), que exigía unanimidad para el contrato constitutivo de la sociedad. Y observa que Rousseau restringía esta exigencia de unanimidad sólo al acto constitutivo, pero no a la subsistencia del tal contrato. Porque si fuera exigible tal unanimidad para la subsistencia de la sociedad, entonces "todos estarían autorizados para separarse de la comunidad y sustraerse a la vigencia del orden social mediante la negación de éste" (p. 20).Y agrega Kelsen: "En ello se manifiesta claramente el conflicto insoluble entre la idea de la libertad individual y la de un orden social, el cual en su esencia íntima sólo es posible en un régimen que, al fin y al cabo, no depende de la voluntad de los sujetos a él". Este conflicto insoluble, que sólo puede, no disolverse pero sí mitigarse con la democracia, es lo que separa a Kelsen, como libertario que es, de los anarquistas: frente a la imposibillidad de pasarnos sin algún poder, al menos combatirlo eternamente para que sea lo más democrático posible.

[13] La diversidad de intereses aparece por todas partes en Kelsen. No hay ninguna manera de encontrar en él una negación de este postulado fundamental del marxismo que es la contradicción social. Es absolutamente de mala fe, al favor de un desconocimiento muy lamentable de sus obras, que alguien, "marxista" o "kelsenista", pueda afirmar que Kelsen y Marx sean pensadores incompatibles. Los que son incompatibles, son algunos marxistas respecto de algunos kelsenistas...

> como autodeterminación, o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la voluntad de la mayoría, (p. 21).[14]

Así es como el principio del gobierno de las mayorías provendría de la libertad y no de la igualdad:

> La sola idea de que, si no todos, sean libres el mayor número posible de hombres, es decir, el menor número de ellos tenga una voluntad opuesta a la voluntad general del orden social, conduce, de un modo lógico, al principio de la mayoría, (p. 23).

3.4.3. *Del gobierno de la mayoría a la desaparición del individuo.*

> La transformación del concepto de libertad, pasando de ser representativo de la no sumisión del individuo a la autoridad del estado, a concebirse como una cooperación del individuo en ésta, refleja el tránsito del liberalismo a la democracia, (p. 24).

Ya estamos en la democracia, que consistiría en la participación del dominado en la dominación. Sin embargo, existe una "inevitable discrepancia entre la voluntad individual" y el estado, cuya voluntad" prevalece, aún en la democracia, sobre la primera. La democracia, así, es compatible incluso con el total aniquilamiento de la libertad individual, (p. 24).

[14] Obsérvese que esta es una exposición "dialéctica" del paso de la naturaleza a la sociedad. "Dialéctica" porque no sucede en la realidad, sino en el pensamiento. No cabe atribuir a Kelsen la convicción de que alguna vez hubo hombres libérrimos que luego se juntaron en un pacto social. Cuando habla de "pasos" o "trastocamientos", lo hace, igual que Marx, "coquetando aquí y allá" con la jerga hegeliana. Esto es importante, porque, como veremos, en Marx sí hay una historia real del paso de lo natural a lo social, que consiste en la aparición histórica del valor. Mientras que, como vimos, en Kelsen la distancia entre naturaleza y sociedad no es otra cosa que la distancia entre hechos y lenguaje. La diferencia entre naturaleza y estado en estos textos de Kelsen sobre la democracia no pueden ser leídos como esos textos que los anarquistas escriben para ayudarse a creer que, como alguna vez hubo hombres libérrimos, alguna vez puede volver a haberlos.

Esta desaparición del individuo corre parejo con la despersonalización del poder.

La apariencia del estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable para el sentir democrático. La personaificación del estado ... tiene también, sin duda, su raíz en esta ideología de la democracia, (p. 26).

La libertad del individuo, trastocada en libertad del ciudadano, desaparece tras la idea de la libertad del estado, de la colectividad, por una suerte de desenvolvimiento "automático" que este concepto "libertad— "recorre a impulso de su lógica inmanente" (p. 27).

Obsérvese en lo dicho hasta aquí, que para Kelsen, panegirista de la democracia, en un escrito tendiente a fundarla y defenderla, de todos modos resulta la democracia una "desnaturalización", y una forma de subyugar la libertad del hombre. No hay ni una gota de concesión el estado: aun el democrático, es lo contrario del anhelo natural de libertad. Aunque sea necesario para la convivencia. Será necesario; pero es un mal.

3.4.4. *Del pueblo a los partidos*

El pueblo, que ha ocupado ahora el lugar de la libertad, tampoco existe como unidad. Por tanto, el estado nunca puede hablar por el pueblo. Porque éste sólo existe como conjunto de individuos, pero nunca son todos los miembros del pueblo lo que participan en la formación de la voluntad estatal. Los niños, los ancianos, los enfermos, y antes las mujeres como aún antes los esclavos, no tienen participación. Esta es la primera metamorfosis de la idea de *Pueblo*.

La segunda consiste en que los ciudadanos están agrupados en sectores y clases enfrentados entre sí por intereses de distinta naturaleza. Y si esto es así, la única manera de que "el pueblo" pueda participar en la formación de la voluntad del estado, es su distribución en partidos políticos. Y aquí Kelsen se enfrasca en una prolongada defensa de los partidos políticos contra otros teóricos que, por lo visto, entonces eran los mismos de ahora: los

defensores de las formas corporativas de gestión. Se adivina aquí su lucha contra el nazismo, y sus argumentos son los mismos que defendemos los demócratas latinoamericanos contra nuestros sempiternos fascistas.

En este punto, vale la pena detenerse para analizar un texto que, junto con tantísimos otros, abonan la hipótesis de este capítulo: la teoría pura del derecho es una filosofía política y no un rechazo de la política. Dice Kelsen:

> Triepel ha reprochado en ocasiones a mi *Reine Rechtslehre* (Doctrina del derecho puro) su formalismo, contraponiendo a ella una doctrina de derecho estatal, 'más acomodada a la vida' que se propone 'relacionar íntimamente las normas de derecho estatal con las fuerzas política que las crean y elaboran...' (p. 40).[15]

Este párrafo termina así:

> ...semejante método pretende aislar el derecho político de la Política...

Obsérvese: Kelsen dice que quienes quieren aislar el derecho de la política son sus adversarios; no él. Y sus adversarios son los nazis —pero también los marxistas, a quienes, en esta cuestión, Kelsen identifica con aquéllos— que sostienen lo que para Kelsen es *jusnaturalismo* ¿Por qué lo dice? Es fácil verlo: los jusnaturalistas dicen que es derecho sólo aquél cuyo contenido responde a alguna forma de esencia que se propone como justa. Así los nazis, para quienes es justo lo que se compagina con la raza, el espíritu del pueblo (podemos agregar "el ser nacional"), etcétera, etcétera. Este jusnaturalismo enfrenta a la teoría pura que dice que cualquier contenido puede ser derecho. Esto es calificado de "formalismo. Y se enfrenta a esto una ideología según la cual el derecho "debe acomodarse a la vida". Pero "la

[15] Si no supiésemos que aquí Kelsen está peleando contra el nazismo, si no apareciera en la cita el nombre de su contrincante, ¿no parecería éste el típico reproche que se le hace a Kelsen de parte de ciertos marxistas y/o "sociologistas"?

vida" "o cualquier otra cosa" resulta ser lo que *algunos* dicen que debe ser. Y eso que, subjetivamente, califican como lo justo, lo elevan a categoría absoluta que *no se puede discutir*. Es decir ¡expulsan la política de la discusión sobre el derecho! ¿Por qué la expulsan? por eso: por sustraer el derecho a la discusión política, donde lo que vale es convencer a los otros de que lo que proponemos es justo. En cambio los jusnaturalistas no aceptan esta discusión, puesto que lo justo ha sido previamente sustraído y colocado como absoluto. Sólo una teoría "pura" permite discutir, políticamente, el contenido del derecho. Porque sostiene precisamente que cualquier contenido puede ser derecho, y que el contenido no es absoluto sino producto de la política. Claro está, esa discusión no será "científica" según Kelsen. Esa discusión será *política* "ética, filosófica. Kelsen parece decir: salgámosnos del campo de la ciencia. Pongámosnos, todos por igual, en el campo de la ética. Y hagamos política: confrontemos nuestras ideas de justicia, todas las cuales tienen el mismo derecho a existir, y ganemos el consenso de nuestros conciudadanos. Y respetemos el resultado. "Eso" *se llama democracia*.

La teoría pura del dereho es una defensa de la democracia ¿hay algo más político que eso? Lo dice Kelsen, en la misma página:

> Temo que la doctrina del derecho estatal de Triepel ... padece de un formalismo mucho más distanciado de la vida que la doctrina del derecho puro, pues ésta sólo pretende ser una teoría del derecho positivo, y seguramente seguirá siendo útil aún cuando adopte un contenido no ajustado a criterios teóricos. Precisamente lo que motiva su 'pureza' es que prefiere ser tachada de formalista "aunque inmerecidamente y sin que Triepel justifique ese reproche, antes de consentir en ceñirse a una 'vida' que se le sea políticamente simpática y de tratar de poner las normas del derecho estatal en estrecha concordancia solamente con aquellas 'fuerzas políticas' que subjetivamente considere estimable, (*ibidem* p. 41).

3.4.5. *De los partidos políticos al principio de la mayoría.*

Los partidos políticos actúan en un parlamento, que es el encargado de decir la voluntad estatal. Pero como al parlamento lo forman los diputados de los partidos, la manera de formar esa voluntad, más cercana a la idea de la participación del gobernado, es el respeto al principio según el cual la voluntad del parlamento está formada por la opinión de las mayorías. El parlamentarismo es una *técnica* social, la que más aproximadamente, cree Kelsen, pero también todos los demócratas del mundo, respeta el anhelo natural de libertad.

Ha sido un viaje, éste, desde la naturaleza humana hasta una *técnica* social "eso es el derecho, una técnica social" que permite la mejor manera de convivir políticamente de acuerdo con esa naturaleza humana Se trata, pues de una fundamentación jusnaturalista de la democracia. Jusnaturalista en el sentido de que la democracia es un *contenido* de normas[16] ajustado, "lo más posible", a la naturaleza humana. Y esto no es otra cosa que *Filosofía Política*, o, tal vez, como dijimos al principio, una *Antropología Política*.

4. *Formas mentales y concepciones políticas*

En su defensa de la democracia, Kelsen ha llegado aún más lejos hurgando en el alma humana, por más que eso pueda causar escozor a algunos que quisieran verlo únicamente hablar de la estructura de la norma jurídica. En estos escritos, Kelsen está siempre luchando, desde su trinchera de filósofo, jurista y sociólogo, contra sus jurados enemigos, los nazis. (Aunque, habrá siempre que repetirlo, Kelsen equipara con los nazis, a los que

[16] Se sabe que Kelsen ha sostenido que el concepto de democracia es formal por cuanto cualquier contenido jurídico puede ser democrático si ha sido establecido conforme a las normas democráticas. Claro que en esto tiene razón. Pero de cualquier manera las normas que establecen la forma democrática de todos modos tienen ese contenido: son normas que obligan a ciertas conductas, a saber: crear las normas democráticamente.

hoy llamamos stalinistas y que él llamaba marxistas-leninistas o comunistas).

En esta búsqueda de explicar y combatir el totalitarismo, se encuentan textos ciertamente extremos.

> Estas dos nociones (se refiere a dos nociones griegas: *psikhe* y *thymos*, O.C.) son los productos de dos tendencias diferentes del espíritu humano... la tendencia intelectualista y racional que se manifiesta en el pensamiento cognitivo por una parte, y por la otra, el componente emocional que tiene su fuente en la voluntad y en la vida afectiva.[17]

Ni más ni menos: hay un espíritu que tiene tendencias dispares; una produce el conocimiento, la otra la "emoción". Pero hay más:

> La primera de estas tendencias desemboca en la noción de un mundo exterior enteramente independiente de nuestros deseos y temores, de una naturaleza regida solamente por las leyes de la causalidad objetiva, (*idem*).

Esta es la tendencia a la ciencia; la tendencia racional. Pero también, como veremos, la *democrática.*

> Por el contrario, la otra tendencia engendra un conjunto de nociones cuya verdadera función no es de ningún modo la de dar una explicación del mundo ni la de satisfacer nuestra curiosidad científica, sino que cumple un papel muy diferente; esta tendencia engendra la representación de lo que, por un lado, es útil y deseable, pero que por el otro es nocivo y terrible o ... de lo que es moralmente bueno o malo, (*idem*).

En esta "tendencia" intentará Kelsen buscar la explicación de la existencia de esos insólitos personajes que son los jusnaturalistas, los totalitarios, los amantes de los caudillos, de las insignias,

[17] Kelsen, Hans, "El alma y el derecho", en Correas, Oscar (comp.), *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, pp. 319 y ss.

de los sumos sacerdotes y pontífices. Para Kelsen la democracia es razón y el nazismo emoción.

> Mientras que la tendencia racionalista del espíritu alcanza la noción de la naturaleza regida por la ley de la causalidad, la tendencia emocional produce por su parte la noción de una naturaleza regida por las leyes morales o normas, (*idem*).

Una sociedad regida por normas es la fuente originaria del jusnaturalismo que ve en la naturaleza la fuente de las normas. Y después de todo, quienes ven en la raza la fuente de la justicia, ¿no buscan las normas en la naturaleza?

Kelsen tilda de primitivas estas concepciones surgidas de la emotividad; primitivas en el sentido de ser propias del hombre primitivo. Y ve como *progreso* el desarrollo histórico de la otra tendencia. (En esto Kelsen es muy europeocentrista, aunque, por otra parte, con reminiscencias de Nietzsche, combate las ideas del Orden y la Razón Occidental). Pero ve también que

> la tendencia ya desarrollada hacia el conocimiento racional del universo es todavía hoy, en el hombre medio de la civilización moderna, mucho más débil que la tendencia afectiva que le empuja a establecer juicios de valor, a buscar en los intereses colectivos la justificación de sus intereses individuales, (*idem*).

Siempre presente el defensor de la libertad individual, califica de primitivismo la búsqueda de la supremacía de lo colectivo sobre lo personal. Y este primitivismo, aún hoy campeante, es lo que permite la existencia de los totalitarismos contemporáneos.

Estas dictaduras contemporáneas pueden existir porque hay un tipo de hombres, que tienen cierto "carácter" que los hace amar la autocracia.

> La radical desigualdad entre quien dirige y los que son dirigidos, es el supuesto apriorístico de esta forma de estado, (se refiere a la autocracia O.C.) que corresponde, en el sentido caracterológico, al

> tipo de personas que posee una muy acentuada conciencia de sí mismo.[18]

En cambio el carácter del hombre que ama la democracia, es el de

> aquella persona en quien la experiencia de sí mismo no es tan fundamental ni tan rotundamente diferente de las demás experiencias, las experiencias de los demás ... Es el tipo de personalidad ... el tipo de hombre que, al mirar hacia el otro, oye una voz dentro de sí que le dice: ése eres tú ... experimenta al otro ... como un igual y un amigo, y no se siente único, sin comparación y sin igual, (*idem*).

Y vimos antes cómo la democracia nace de ver en el otro al igual. En cambio la dictadura nace de

> la incapacidad o el rechazo del reconocimiento del tú, como semejante al yo originariamente experimentado, (*idem*)

Para esta personalidad

> tampoco pueden la libertad y la paz figurar como valores políticos para ella, por su poderosa tendencia a la agresión y su intenso afán de poder". (*idem*).

Bien; pero ésa es la personalidad del que manda. Pero ¿cuál es la del que ama ser mandado?

> Una de las formas característica de potenciar la conciencia de sí mismo es que el sujeto se identifique con su super ego o ego ideal, y que el dictador revestido de poder irrestricto represente para él el ego ideal. No se trata en modo alguno de una contradicción y "psicológicamented hablando" no es sino lógico que precisamente este tipo de persona sea la más ávida de una estricta disciplina y

[18] Kelsen, Hans, "Forma de estado y visión del mundo", en Correas, Oscar, *El otro Kelsen*, cit.

> una obediencia ciega, y que encuentre su felicidad tanto en obedecer órdenes como en darlas, (*idem*).

Nuevamente las tendencias originarias de la racionalidad y la emotividad desbordada.

> En la autocracia no hay oposición tolerable; en ella no hay discusión ni solución de compromiso, sino decretos ... el primado del querer sobre el conocer tiene como consecuencia que sólo lo que es bueno puede darse por verdadero; pero nadie, sino la autoridad del estado decide lo que es bueno, (*idem*).

Por el contrario, la democracia es racionalidad:

> El principio vital de toda democracia, por lo tanto, no es, como se ha supuesto a veces, la libertad económica del liberalismo, porque puede darse tanto en una democracia socialista como en una liberal, sino más bien la libertad religiosa y de conciencia, el principio de tolerancia y, más especialmente, la libertad de la ciencia, conjugada con la creencia en su posible objetividad, (*idem*).

Por eso, por su racionalidad, la democracia se basa en el derecho:

> ...el racionalismo de la democracia se muestra con particular claridad en el empeño por establecer el orden gubernamental como un sistema de normas generales preferentemente escritas, (*idem*).

No en vano, la primera rebelión democrática de que tenemos conocimiento en el mundo occidental, que terminó precisamente con las leyes de Solón, tuvo como objetivo escribir y publicar las normas que anteriormente eran secretas y estaban en el exclusivo conocimiento de los nobles. En cambio la autocracia abomina al derecho que coarta su arbitrariedad.

> La autocracia desdeña tales racionalizaciones del orden común. Evita siempre que puede el vínculo entre el gobernante y sus asistentes. El acto concreto del estado se considera no como la ejecución previamente calculada de una ley que ya lo tenía previsto,

sino la creación libre e intuitiva del gobernante. Una de las máximas fundamentales de la autocracia es garantizar al aparato gubernamental ... la más amplia libertad de discreción ... Si llegan a promulgarse leyes, el gobernante posee la prerrogativa ilimitada de hacer todas las excepciones que le parezca..., (*ibidem*).

No deja Kelsen de llamar la atención acerca de un tema de gran actualidad en el pensamiento político, como es la observación de que el poder se rodea de elementos místicos e irracionales, que han dado en llamarse hoy "el imaginario social".[19] Es sobre todo la dictadura la que recurre a tales formas de manipulación.

Generalmente, en la democracia, el trasfondo recionalista y crítico está vinculado a una cierta hostilidad, o desagrado, por la ideología, mientras que la autocracia pone el mayor empeño en rodearse de ideologías místico-religiosas particulares, y de hecho actúa con mucho más severidad contra los intentos de intromisión con estas ideas, soporte de poder, que contra los ataques a sus intereses inmediatos de gobierno. La batalla en la que la democracia se impone a la autocracia, es, en gran medida, dirigida por el llamamiento a la razón crítica como tribunal supremo contra las ideologías que apelan a las fuerzas irracionales del alma humana, (*idem*).

Piénsese, en efecto, en esos boatos que nos parecen tan ridículos a los demócratas, como el casi patológico gusto por las insignias de diseños estrafalarios, por cierto color de camisas, tan propios de nuestros fascistas criollos; o en el insoportable uniforme de los militares que atrae tanto a ciertos caracteres; o el ridículo disfraz de obispos y cardenales que es tan insólitamente imponente para algunos. ¿Cómo no admirar a este Kelsen que, antes que muchos otros muy de moda actualmente, destacó que sin tener en cuenta estas recónditas hoquedades del espíritu humano, no habría ninguna explicación para el amor al poder?

[19] Véase Enrique Marí, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden" en *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Buenos Aires, Hachette, 1987, pp. 7 y ss.

Esta dicotomía originaria entre ciencia y ética, tendencia cognitiva y tendencia emocional, democracia y totalitarismo, relativismo y metafísica, aparece también como la cuestión de la concepción del individuo frente a la masa. Kelsen rechaza toda forma de hipóstasis consistente en atribuir algo así como un "alma" a las masas, y recurre a Freud para explicar los fenómenos de caudillaje en los que, como acabamos de ver, encuentra bases para el desarrollo del totalitarismo. Nuevamente combate a quienes, a través de estas hipóstasis, en el fondo, no hacen sino justificar estas formas de poder antidemocráticas.

> ...el análisis psicológico de Freud ha sumministrado un trabajo preparatorio inestimable disolviendo de la manera más eficaz en sus elementos psicológicos individuales las hipóstasis revestidas con toda la magia de las palabras antiguas, Dios, la sociedad y el estado.[20]

Lo que Kelsen defiende es la inexistencia de poderes por encima del hombre, tales como Dios, la sociedad o el estado. Estas no son otra cosa que creaciones humanas, de esa parte irracional y emotiva del alma, que tan bien manipulan los dominadores. Pero la razón, la ciencia, la democracia, pueden combatir eficazmente esto mitos alienadores de la libertad humana.

Y quienes postulan la existencia de *masas* por encima o más allá de los individuos, contribuyen a fomentar estas ideolgías místico—religiosas.

No es que no haya grupos o clases sociales. Sólo que no son entidades; entidades son sólo los individuos. Y si el individuo llega a disolverse en la masa, al punto de gritar o aplaudir desaforadamente a un conductor carismático, que puede no ser otra cosa que un dictador y un asesino, es porque algo en el individuo, en su naturaleza recóndita, lo ha llevado a ese estado de exaltación o locura. Conocer el mecanismo es, pues, una forma

[20] Kelsen, H., "El concepto de estado y la psicología social. Teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud", en *El otro Kelsen*, cit.

de evitar la repetición de tales procesos políticos que luego los individuos son los primeros en lamentar.

Y aquí aparece Freud en el horizonte intelectual de Kelsen, mucho más allá del limitado círculo de pureza en que se mueven la mayoría de los kelsenistas. La autoridad del padre es el dato *natural*. El hombre es, originariamente, un animal de horda, con esta tendencia a la aceptación de un jefe. Pero esta aceptación de un padre, tiene su origen en la sustitución que el psicoanálisis "ha comprobado", dice Kelsen, haciendo fe de las propuestas freudianas, de las tendencias sexuales por otro ideal del yo. Una masa es un conjunto de individuos que han sustituído a su ideal del yo por el ideal de la masa, personificado por el conductor, y por consiguiente se han identificado entre sí (*idem*). Esta "masificación" es calificada de "regreso al primitivismo", mientras que lo democrático sería, ahora en el sentido de una progresiva racionalización, lo que permitiría pensar en un futuro sin caudillos.

5. *Otra lectura de Kelsen*

El repaso de estos textos, nos muestra una larga vida dedicada a defender la democracia, a fundarla filosóficamente en una concepción del hombre, a disipar las brumas místicas de donde proceden los fetiches religiosos y políticos. Aparece así una faceta de Kelsen que no es, de ninguna manera, la escolar.

Este Kelsen "o esta lectura de Kelsen", revela a un filósofo, un politólogo, y también a un espíritu político, es decir alguien que está en la lucha por el triunfo o la hegemonía de ciertas ideas. Kelsen está en la lucha por la democracia en contra de los totalitarismos contemporáneos.

Si esto es así, enfrentados a lectura de su libro más conocido, *Teoría Pura del Derecho*, podemos aceptar dos posiciones:

1 leerlo como un texto *científico* o *metodológico*, que forma parte de la otra faceta que no es la del Kelsen politólogo, sino la del profesor—científico—jurista.

2 leerlo como un escrito más del filósofo político, defensor de la democracia. Ambas lecturas son posibles. Y seguramente

quienes optan por una rechazan la otra como "tergiversación". Creo que la primera es la lectura escolar; la lectura tradicional. Pero hay varias tradiciones. Para algunos kelsenistas este libro es un ensayo científico—metodológico siempre perfectible —por ellos, naturalmente. Para los jusnsaturalistas es un ensayo científico, pero equivocado, puesto que se funda en una filosofía reprobable. Y para los marxistas es el ensayo de fundar una ciencia "formal" que desatiende los problemas sociológicos. Me parece posible afirmar que las tres tradiciones, en alguna de las cuales nos hemos formado casi todos los que hemos estudiado derecho en América Latina, proponen una lectura parcial de Kelsen. Me parece perfectamente sostenible que *Teoría Pura del Derecho* es un texto que debe leerse como siendo la segunda parte del pensamiento de su autor. La primera parte es su pensamiento filosófico—pólítico, que hemos recordado someramente en este capítulo. La segunda parte es la consecuencia de la primera: *Teoría Pura del Derecho* es un libro de filosofía política, que por razones políticas funda una ciencia "pura", es decir, reducida a describir normas y no a opinar sobre ellas.

Sin embargo, es imposible desconocer que a esta lectura de Kelsen pueden hacérsele objeciones serias. La más importante es la que proviene de quienes ven en el último Kelsen, *otro Kelsen* que ya no es el de su juventud —un "joven Kelsen" tal como quiso hablarse de un "joven" Marx—, que no reproducía ya al primero, que había abandonado en la última parte de su vida las inquietudes políticas que le habían llevado a su larga lucha contra el nazismo y el stalinismo. Es necesario recordar que este último Kelsen escribió que si

> hoy pudiera empezar desde el principio, estudiaría, antes que cualquier otra cosa, lógica matemática.[21]

[21] Citado por Mario G. Losano, en "La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo", en *Doxa* número 2, p. 55 y ss. (La frase de Kelsen en p. 66).

En efecto, pocas cosas parecen más alejadas de la política que la lógica. Y tal pareciera que Kelsen murió estudiando lógica. Pero, ¿qué es lo que lo condujo hasta ahí, después de haber criticado tan brillantemente a Weber, combatido a los nazis, a los marxistas—leninistas, explorado el psicoanálisis, la antropología, Platón y Aristóteles, y no en busca de la "pureza", después de haber denunciado a dios, a la teología y al estado?

Lo que lo condujo hasta allí fue sin duda el ruido que venía haciendo la *Lógica Jurídica* desde hacía tiempo. Pero ¿qué vió Kelsen que le preocupara tanto? Lo que tanto le preocupa es el tipo de consecuencias que surgen de la pretensión de los lógicos de aplicar la *Lógica* al derecho. Mario Losano, quien confiesa haberse interesado por la lógica y la informática siguiendo a Kelsen, narra con mucha precisión y claridad la cuestión.[22] Kelsen dialoga epistolarmente con su colega Ulrich Klug. Y le pregunta: ¿pueden aplicarse las reglas de la *Lógica* al derecho? Klug, desde luego, durante varios años de relación epistolar, intenta convencerlo de que sí. Pero no lo consigue. Porque para Kelsen las normas son producto de actos de voluntad y, en último término, son *arbitrarias*; dependen, en su contenido, de quien detente el poder. Y esto aun en el caso de las decisiones judiciales, que es lo que tienen en la mira en esta discusión, tanto Kelsen como Klug. Como lo explica Losano:

> Para Kelsen la decisión judicial basada en la analogía no es deducción sino establecimiento de nuevo derecho[23] ... al derecho no se aplican ni el principio de no contradicción, ni las reglas de inferencia; el razonamiento por analogía y el *argumentum a maiore ad minus* no son los instrumentos propios de una lógica específicamen-

[22] Véase el artículo citado en la nota anterior, que, traducido al castellano por Doxa, costituye el Prólogo de Losano a la edición italiana de Teoría General de las Normas.

[23] Aquí Losano cita *Derecho y Lógica* que es un escrito posterior a *TPD*. Pero esta doctrina es anterior. Está en el párrafo 35—g en el subtema titulado "El carácter constitutivo de la sentencia judicial" del libro "metodológico", (*TPD*, p. 246).

> te juridica, sino únicamente biombos tras los que se ocultan actos de voluntad del juez.[24]

En efecto, desde mucho antes Kelsen ha sostenido que las normas son productos de la voluntad de poder de "alguien", que no se muestra, y que incluso el derecho contribuye a ocultar. Pero Losano dice que

> las últimas concepciones kelsenianas sitúan la noción de voluntad en el centro de la teoría pura del derecho, (*idem*).

Pero en realidad, siempre ha sido así. Siempre dijo Kelsen que las normas son el *producto* de actos de voluntad, que después se convirtió en el *sentido* de actos de voluntad. En su primera obra, en 1911, que comienza, también, tratando de explicar la diferencia entre *ser* y *deber*, se lee:

> ..no debe perderse de vista que, así planteado el problema, por cuanto que el deber ser aparece, aquí, derivado del ser, no se lo enfoca ya en aquél sentido lógico—formal, como lo antagónico del ser. Lejos de ello, el deber ser se manifiesta, de hecho y desde el primer momento, en este caso, como una modalidad especial del ser. En efecto, ¿a qué contesta, única y exclusivamente, este conocimiento de la virtud normativa de los hechos, qué es lo que este conocimiento 'explica'? Explica hechos y procesos de hecho, ya sean externos o interiores. Explica por qué ciertos mandatos son dirigidos a los individuos, explica el proceso efectivo, los actos psíquicos concretos de la voluntad por medio de los cuales se formulan determinadas normas a los sujetos; explica, asimismo, los actos psíquico—reales de voluntad de quienes se ven sujetos a estos mandatos y hacen de ellos la pauta de su conducta, (*PCTJE*, p. 8).

Esto es, desde "el punto de vista" de "el ser", las normas son productos de actos concretos, psicológicos, individuales, de

[24] Mario G. Losano, *ob. cit*, p. 68.

voluntad.[25] En cambio, claro, desde "el punto de vista" de "el deber", las normas no son *hechos*; son un *sentido* como diría después; un acto del lenguaje.

> Pero, todo estos procesos de voluntad, todos estos actos, no constituyen un deber ser "en el sentido lógico—formal de la palabra", sino simplemente un ser, un acaecer efectivo, psíquico o físico; son, ciertamente, el contenido de un deber ser, pero no son este deber ser mismo, el cual no es nunca un contenido, sino una forma". (*PCTJE*, p. 9).

No debería ser necesario decir que la voluntad, como hecho real, pertenece al "ser", pero no por ello se encuentra menos, desde siempre, en el centro de la teoría pura del derecho. Cometería un desatino quien quisiera decir que para Kelsen sólo el deber constituye un elemento central de su filosofía. De manera que se equivocan quienes encuentran sólo en el último Kelsen a la voluntad como tema central de su teoría.

En la discusión con Klug, éste le hace a Kelsen un argumento imbatible: tan es posible aplicar la lógica al derecho, que eso es precisamente lo que se hace en la *Informática Jurídica*:

> En esta aplicación mecánica del derecho se programan como premisas oraciones generales de deber ser (normas generales). Tras la introducción de los datos del caso concreto, la máquina proporciona la oración de deber ser dirigida al individuo (norma individual), (*idem* p. 65).

Y Kelsen, tozuda, pero genialmente, contesta:

> ... sobre el caso citado por usted del empleo de ordenadores para la aplicación del derecho quisiera observar que la construcción del ordenador parte evidentemente del presupuesto de que los principios de la lógica de proposiciones son aplicables a las normas de derecho positivo. Este presupuesto carece de fundamento. En todo

[25] *Cfr.*: "Como la norma jurídica nace sin atender para nada a la voluntad individual y se aplica haciendo caso omiso de ella, se requiere un acto especial para convertir a la voluntad ajena, de la que es expresión,..., (*PCTJE*, p. 38).

> caso, aun admitiéndolo, el ordenador no proporciona la norma individual, vinculante para las partes, sino que se limita a decir al órgano competente para la edicción de esta norma cuál es la norma conforme a la norma general. Si, por algún motivo, este órgano no dicta "con un acto de voluntad, cuyo sentido es esta norma" la 'norma' indicada por el ordenador, ésta no es válida, ni su validez vinculante para las partes puede obtenerse con su razonamiento lógico o con la simple actividad del ordenador, (*Ibidem*, p. 66).

Es el Kelsen de siempre: el que se rebela ante el poder oculto tras la norma, que ahora le quieren ocultar tras una máquina. Nada menos que a él querer hacerle creer que, por el hecho de haber un "ordenador" de por medio, no habrá de todos modos una *voluntad* escondida.

Y obsérvese que el argumento de la *Informática* es irrebatible: si la máquina *lo hace*, ¿cómo negar que la lógica sí se aplica a las normas? Pero es que Kelsen no está negando la máquina, sino que está negando que eso sea *el derecho*. Lo que está en juego no es la lógica sino la concepción del poder y del derecho. No es que, como dice Losano, sean

> comprensibles ... las dudas del jurista ya octogenario en relación con este nuevo sector de la ciencia jurídica, (*idem*).

No es que Kelsen sea ya un anciano incapaz de comprender el mundo de la informática. No. Es que Kelsen era un clásico. Tal vez el último de este siglo. Aquí hay algo a lo que tozudamente Kelsen se aferra; que no quiere dejar ir. Detrás de Aristóteles, de Maquiavelo, de Hobbes, de Marx, de Nietzsche, junto con Weber y Freud, antes de Foucault, Kelsen denuncia la realidad de la *voluntad de poder*, de la *dominación* de "alguien" que ejerce el poder sobre los demás. Ideas muy "metafísicas" por lo demás; pero que este positivista, veterano de muchos combates contra la metafísica jusnatualista, no quiere soltar. Sí. Un octogenario. Pero no un apologeta del estado.

Mientras que Losano se siente defraudado:

> De esta forma, mientras que el logicismo de la teoría pura en su versión clásica fue para mí un incentivo para ocuparme de la

informática jurídica, la referencia constante a la voluntad del legislador que empapa a la *Teoría General de las Normas* separa definitivamente los destinos de la teoría pura del derecho de los de la informática jurídica, (*idem*).

Finalmente, Kelsen no murió estudiando *Lógica*. Murió peleando contra el estado, denunciando el poder, contra quienes quieren ocultarlo, ahora tras las máquinas o fórmulas matemáticas. Si antes luchaba contra dios, la naturaleza, la sociedad, el partido, la clase, la raza, la nación, que justificaban un derecho, un poder, ocultando al dominador, ahora luchaba contra las máquinas que pretenden hacernos creer que una norma puede ser "lógica". Tal parece que las máquinas nos dirán cuál es el derecho sin contradicciones, sin pasar por la arbitrariedad de un juez o un funcionario. Ahora tendremos normas "verdaderas". Lo cual a Kelsen le parecía un desatino: la norma es un acto de poder,[26] y el que lo produce no tiene ningún otro "derecho" a hacerlo que el consenso democrático.

Pero podría decirse que éste no es el Kelsen de la *TPD*, que es un libro metodológico y a—político. Tomemos entonces otros ejemplos que sí están en este libro. La *interpretación* del derecho, por ejemplo, una tema "técnico". Kelsen plantea allí, que la tarea de los juristas es una tarea política. Si se trata de la creación del derecho por el legislador, no hay duda de la politicidad del acto. Si se trata de un juez, lo que éste hace es elegir entre varias interpretacions posibles, y producir, por un acto de voluntad, una norma individual. Es también un acto político. Lo que hay que distinguir aquí, es el papel de la ciencia. La ciencia no crea derecho. El científico, para serlo, debe limitarse a mostrar cuáles son las opciones entre las que el juez puede elegir. Pero

el abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica

[26] "...la norma jurídica emana, inequívocamente, de un poder que se halla situado, desde el primer momento, al margen del individuo y al que el hombre se ve sujeto por virtud del dominio efectivo, de hecho, que este poder ejerce sobre él,...", (*PCTJE*, p. 35).

> aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única 'correcta' no cumplen una función científico—jurídica, sino una función científico—política. Tratando de ganar influencia sobre la producción del derecho", (*TPD*, p. 356).

Es la última página. Igual que en la primera, la cuestión es quitar a la política el apoyo del prestigio de la ciencia. O, lo que es lo mismo, mostrar el acto de poder sin permitirle que se esconda, que se revista de cientificidad. Y no es, como algunos creen, que esté por la no—política. La actividad política del jurista es lícita:

> Naturalmente, ello no les es negado. Sólo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia, (*idem*).

Lo que no hay que dejar pasar, es la idea tradicional, que sirve para dar la sensación de seguridad jurídica, o de que el que detenta el poder es "justo", de que una sola interpretación es la correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Eso es mentira.

> Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica, (*idem*).

Esto al final. Pero podemos remontarnos al principio. A la distancia entre naturaleza y sociedad, entre ser y deber ¿Por qué tanta insistencia? Cierto que la distinción le ha servido durante su larga vida, para, no saliéndose de ella, mantener una coherencia ejemplar. Claro que tiene valor metodológico. Pero ¿sólo eso? ¿Un método?

En muchos lugares puede encontrarse la cuestión política que subyace a esta distinción. Veamos un aspecto simple de asunto. Kelsen quiere mantener esa distinción para que nadie, por el *hecho* de dominar, pueda decir que tiene *derecho* a dominar. Estará obligado a confesar que domina y a buscar el consenso en otra parte que en la ciencia, en la moral o en el derecho. La machacona tozudez con que ha combatido el sincretismo "metodológico", con que ha defendido la diversidad entre punto de vista sociológ-

gico y punto de vista normativo "político" del estado, tiene esa faceta no "metodológica".

Esto se puede decir de varias maneras. Por ejemplo: la *Sociología* puede señalar a los individuos que ejercen el poder. La ciencia jurídica puede decir cómo *deben ser* designados los que deben ejercer el poder. Pero no puede decir que Adolfo o Benito *deben* ejercer el poder. Decirlo, lo diría un juez, en un acto *político*, no científico.

El estado, desde el punto de vista natural, causal, es un poder, una fuerza, que ejerce "alguien" contra los demás. El estado, desde el punto de vista normativo es un orden; es *derecho*. Quienes quieren ver el derecho distinto del estado, quieren *justificarlo*. Quieren ver el derecho distinto del estado para después cruzarse al punto de vista sociológico y santificar el estado existente. O sea: dicen que el estado es un poder físico, natural (punto de vista sociológico); luego dicen que ese poder crea un derecho, y luego se somete a él.

> Así, el estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho. En igual medida, y en tanto la legitimación religioso—metafísica del estado pierde eficacia, esta teoría del estado de derecho se convierte en la única justificación posible del estado, (*TPD*, p. 290).

Esto ha podido suceder por el sincretismo "metodológico". Por eso no hay que permitirlo. No se trata de la búsqueda de una "pureza" apolítica, como suele decirse. Es la búsqueda de una pureza muy política, que tiene por objeto que el poder no se revista de ciencia. No debe haber ninguna manera de que el poder pueda santificarse por el derecho; y no podrá si mantenemos la distinción "metodológica". El poder creará derecho. Sí. Pero no habrá ciencia de ese derecho que justifique a su creador si esa ciencia se mantiene en su carril. Habrá otra ciencia que mostrará la creación del derecho como un fenómeno natural, sujeto a causas y efectos. Pero esa ciencia, la *Sociologia Jurídica*, tampoco podrá decir que ese derecho es justo o injusto, si se mantiene en su carril. Sólo la política, que no es ciencia sino acción, podrá juzgar la legitimidad del poder. Kelsen tiene una

filosofía para juzgar: el orden es legítimo si ha sido creado democráticamente.

Estos temas, con sus facetas ético—políticas, pueden leerse en *TPD*. Desde luego, pueden no verse o no encontrarse si el lector no quiere. En tal caso el Kelsen político es otro Kelsen. Pero si queremos leerlo como un libro de *Filosofía Política*, entonces el otro Kelsen es el Kelsen, un único Kelsen, que siempre ha sido un filósofo político. Es "otro" porque es distinto del escolar.

Y si aún se dijera que esta lectura es una tergiversación, permítaseme citar mi preferido:

> Si siempre han sido los detentadores del poder según el orden estatal vigente quienes se han opuesto a todo intento de modificar este orden esgrimiendo argumentos extraídos de la esencia del estado, y quienes han declarado absoluto ese fruto contingente de la historia que es el contenido del orden estatal, porque estaba acorde con sus intereses, esta teoría, en cambio, que declara el estado como orden jurídico cuyo contenido es variable según los casos y siempre susceptible de ser modificado, esta teoría que por tanto no deja al estado más que el criterio formal de supremo orden coactivo, descarta uno de los obstáculos políticos más poderosos que en todas las épocas han servido para trabar cualquier reforma del estado en beneficio de los gobernados. Pero es precisamente por ello que esta teoría se revela como teoría pura del derecho, pues sólo arruina la abusiva utilización política de una pseudo teoría del estado.[27]

[27] Kelsen, Hans, "Dios y Estado" en Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, cit.

Capítulo IV

LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Parece evidente que una colaboración entre el marxismo y la teoría pura del derecho tiene que suceder en sede sociológica. Ahora bien, salta a la vista una objeción: eso es imposible puesto que esta teoría intenta ser la teoría de una *Ciencia Jurídica* separada de la *Sociología*. Cierto. Pero precisamente por eso, por haberse preocupado por separar la *Jurisprudencia* de la *Sociología*, la teoría pura del derecho es también la fundadora de la *Sociología del Derecho*. Pero aún hay más; el pensamiento de Kelsen, como hemos visto, no se reduce a fundar esa Ciencia Jurídica, *sino que, mucho más que eso, es una* Filosofía *Política*. En este aspecto, no puede dudarse de que marxismo y teoría pura del derecho se encuentran en el tratamiento de los mismos temas. Una confrontación, por lo tanto, se impone. Y mucho más si es que desde algunos sectores del pensamiento de Marx se pretende reflexionar acerca del fenómeno jurídico. En este capítulo veremos los puntos del pensamiento de Kelsen que son, no sólo aceptables, sino imprescindibles para una *Sociología Jurídica* inspirada en algunos sectores del pensamiento de Marx.

1. La Sociología del Derecho. Problemas generales.

Por si acaso existe alguien que aún lo duda, conviene recordar que Kelsen jamás ha negado que el derecho es un fenómeno que debe ser considerado desde el punto de vista sociológico,[1] y que la *Ciencia Jurídica* es una ciencia parcial. Esto lo ha dicho *siempre*.

> Evidentemente, el punto de vista normal, estrictamente normativo del jurista, es un punto de vista unilateral, que no se presta, ni

[1] Para los temas tratados en este capítulo, véase Renato Treves, "Kelsen y la Sociología", en Correas, Oscar, (comp), *El otro Kelsen*, cit.

> mucho menos, para abarcar los fenómenos jurídicos en su conjunto. Ni queremos decir tampoco que al jurista, por el mero hecho de serlo, le estén vedadas las investigaciones sociológicas, psicológicas e históricas. Por el contrario. Estas investigaciones son de todo punto de vista necesarias..., (*PCTJE*, p. 36).

De modo que quien quiera afirmarse en Kelsen para expulsar a la *Sociología* del estudio del derecho, ha elegido un puntal equivocado.

1.1. *Causas y efectos de las normas*

En el marco de la *Teoría pura del derecho*, el objeto de la *Sociología del Derecho* está constituído tanto por la *eficacia* de las normas jurídicas, como por las *causas* determinantes de que las normas prohiban, ordenen o permitan eso que ordenan, prohiben o permiten concretamente en cada sistema jurídico nacional.

Si el derecho es un orden coactivo, esto es un conjunto de normas, un *discurso*, resultará que habrá una ciencia descriptiva de tal discurso, una ciencia cuyo cometido es describir las normas válidas en un país dado. Pero, además, resultará pertinente preguntarse por qué existen normas que ordenan *eso* y no otra cosa, y si los ciudadanos se comportan o no como esas normas lo ordenan. En términos regulares, esto es el problema de las *causas* y los *efectos* de las normas. Esto es mucho más claro que decir, como hace la tradición sociológica, que la *Sociología Jurídica* estudia las relaciones entre *Sociedad* y *Derecho*, como si pudiese haber una *Sociedad* que actúa sobre o recibe efectos de una otra "cosa" que sería el *Derecho*. Hablar de *causas* y *efectos* de las normas es mucho más preciso. Por lo demás, el propio Kelsen ha hecho la contribución fundamental para el marxismo, creo, de aclarar que una sociedad es un orden y que sólo puede decirse que un conjunto de individuos pertenece a una sociedad cuando su comportamiento está reglado por el mismo orden normativo

(*TPD*, p. 100). Es insostenible tal exterioridad entre sociedad y derecho.[2]

Ahora bien, conocidas son las dificultades de estas prestigiosas palabras, *causa* y *efecto*. El propio Kelsen se ocupó de ello en su libro *Sociedad y Naturaleza* y al respecto, como vimos en el capítulo II, adhiere a la posición de Hume indicando que Kant estaba equivocado al crer que se trataba de un categoría "natural" en el hombre. Como el objetivo no es aquí hacer una *Metodología de la Sociología Jurídica*, sino repasar las relaciones entre Kelsen y Marx, daremos por aceptadas todas las objeciones que la moderna Filosofía de la Ciencia ha hecho a la idea de *causa*.

Resulta casi obvio que cuando el marxismo ha buscado a través de la imagen de la *superestructura* y la *base económica* su "teoría" del derecho, ha estado hablando de *Sociología del Derecho*. Y la base ha aparecido entonces como *causa* explicativa de las normas. El derecho burgués es tal porque la base económica lo es. Lo cual es de gran obviedad. Sin embargo es Kelsen, otra vez, quien ha hecho propuestas más concretas:

> Es dudoso si la predicción de los sucesos futuros es o no una tarea esencial de la ciencia natural y, en consecuencia por analogía, si lo es de la sociología. De cualquier modo, la sociología del derecho tiene otros problemas más prometedores. No sólo tiene que descri-

[2] No me hago ilusiones acerca de la comprensión que los sociólogos marxistas puedan tener de este punto. Pero bastará retarlos a determinar, en los hechos, eso que se denomina formación económico—social. Es comunmente aceptado que "Modo de Producción" es un concepto teórico, un modelo de funcionamiento, que no existe en la realidad. Lo que existe es la formación económico—social. Pero el problema consiste en que no hay ningún método sociológico ni económico para delimitar, en la realidad, un país —después de todo, "formación económico—social" es lo que en el lenguaje común se llama "país"—; la única manera de hacerlo es recurriendo al sistema normativo: una "formación económico—social" está constituída por las relaciones sociales que suceden en el territorio de un estado; y el territorio de un estado no es sino la porción del planeta donde son eficaces las normas de ese "estado". Tampoco es posible determinar rigurosamente la diferencia entre sociedad civil y estado sin recurrir al sistema jurídico.

bir, y, si es posible, predecir la conducta real de los individuos que crean, aplican y obedecen la ley; también ha de explicarla causalmente. Con el fin de cumplir esta tarea, ha de investigar las ideologías que influencian a los hombres en sus actividades creadoras y de aplicación del derecho. Entre estas ideologías, la idea de justicia tiene un papel decisivo. El análisis ideológico—crítico de esta idea es una de las tareas más importantes y promisorias de la sociología del derecho.[3]

Según esto, existen al menos estos objetos de conocimiento:

1 descripción y —si es posible— predicción de la "conducta real" de quienes

- crean
- aplican
- obedecen

la ley.

2 explicación causal de esas conductas (el texto dice "explicarlas causalmente" y podría referirse a la ley y no a las conductas; de todos modos estaría señalando como objeto de esta ciencia el estudio de las *causas* del derecho).

3 las ideologías que influencian tales conductas (dice que para cumplir las tareas anteriores hay que recurrir a la ideología).

4 análisis crítico de la idea de justicia (que tiene un "papel decisivo" en las conductas creadoras de la ley y en su aplicación).

No veo de qué manera esta concepción de la *Sociología Jurídica* podría chocar con alguna idea marxista. Por el contrario, me parece una descripción exacta de lo que un sociólogo inspirado en el marxismo podría buscar respecto de las causas por las cuales

[3] Kelsen, Hans, "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, cit. p. 219—220.

las normas de una *formación económico—social* son tales y no otras, y respecto del efecto que tales normas tienen en los movimientos sociales.

1.2. *Producción y cumplimiento de normas*

El objeto de la *Sociología Jurídica* podría ser enunciado, también, como el estudio de la *producción* y el *cumplimiento* (o *incumplimiento*, claro) del derecho. Pero una inmensa cantidad de actos de producción de normas son al mismo tiempo *actos de cumplimiento de normas*. En efecto, cada una de las resoluciones de los órganos del estado, sean jueces o funcionarios del poder ejecutivo, son normas producidas en cumplimiento —o violación— de normas. Esto porque según Kelsen el derecho, en su aspecto dinámico, es como una cascada normativa que va desde las normas generales dictadas por el parlamento hasta la última orden dirigida a un funcionario o un ciudadano para que produzca, finalmente, un *hecho*, una *conducta*. Esto convierte a la *Sociología Jurídica* en un estudio del funcionamiento concreto de un estado. Y no sólo no veo en esto nada contrario a ningún marxismo, sino que me parece que constituye el objetivo central de un estudio del estado desde una perspectiva inspirada en el pensamiento de Marx. En efecto, ¿qué otra cosa que el estudio de las conductas de los ciudadanos en relación con el gobierno es lo que puede interesarle a alguien que, por definición, quiere actuar sobre el mundo tal cual es para transformarlo? Dicho de otro modo, esta teoría del derecho, la kelseniana, que muestra el orden jurídico como una construcción escalonada y siempre cambiante de normas, es precisamente la que le presenta al marxismo, en bandeja, la posibilidad de estudiar el derecho como un conjunto de actos de dominio ejercidos por el *grupo en el poder*, para decirlo en términos de Gramsci.

2. La ideología como "causa" del derecho.

El texto de Kelsen citado anteriormente, desde una consideración inspirada en el marxismo, merece este otro comentario. Kelsen dice que para cumplir la tarea de explicar causalmente una ley, se ha de investigar las ideologías que influencian a los hombres en su actividad de creación y aplicación (aplicación-creación, digamos ahora) del derecho. A primera vista esto parecería, sí, chocar frontalmente con un marxismo que sostuviere que, siendo el derecho *ideología*, constituye un *idealismo* intentar explicarlo a partir de otras ideas. Existen muchos textos marxianos y engelsianos según los cuales el materialismo histórico consiste precisamente en explicar las ideas por los hechos y no los hechos por las ideas ni tampoco las ideas por las ideas.

Estas afirmaciones deben ser matizadas cuidadosamente y/o rechazadas absolutamente en el caso de que impidan entender el papel que las ideas jurídicas cumplen en la producción de las normas. El problema es el de saber cuál es el papel de las ideas en la determinación de las acciones humanas, individuales o sociales (en realidad no hay acciones "sociales" que no sean reductibles a la acción individual de cada uno de los que componen el grupo).

Los hombres actúan motivados por sus ideas. No por "relaciones sociales". Estas últimas sirven para *explicar* por qué poseen esas ideas y no otras, pero no constituyen la causa de la conducta. Es necesario reconocer que, hasta Gramsci, el marxismo no había prestado suficiente atención al hecho de que *hacer política* significa "hacer hacer", *conducir*, *hegemonizar* procesos sociales. Reconocido esto, no queda otra alternativa que reconocer que los hombres actúan conforme con lo que piensan. Si no, no fuera importante el aporte gramsciano sobre los intelectuales y la filosofía popular, por ejemplo.

Esto implica, para el marxismo, la aceptación de las ideas de Weber respecto de lo que éste llama "acción social". Lo importante no es solamente conocer cómo las relaciones sociales "objetivas" —como suele decirse— permiten explicar la formación de las ideologías, sino también como éstas permiten explicar la conducta de los protagonistas, que *siempre son hombres indivi-*

duales. La *Sociología del Derecho*, especialmente si se inspira en algunos sectores del pensamiento de Marx, debe atender cuidadosamente al hecho de que el *motivo* ideológico de la conducta es la causa que determina *inmediatamente* a los individuos.

Esto es así, especialísimamente respecto de la explicación de la producción de las normas jurídicas. Es enteramente aceptable para un marxismo viable, la propuesta kelseniana de investigar "las ideologías que influencian a los hombres" que producen esta otra ideología que es el derecho. Por lo tanto, si una *Sociología Jurídica* tiene por objeto estudiar las causas de las normas, el estudio de esa ideología es tema central de esa ciencia.

Eso sí, el pensamiento de Marx es, por su parte, fuente inagotable de sugerencias para la explicación de la existencia y el significado de esas ideologías. En este punto, desde luego que Kelsen no es la fuente más importante, puesto que no se ocupó del estudio de los procesos sociales que condujeron a la aparición de la sociedad capitalista.

3. *La eficacia del derecho como efecto de la motivación producida por las normas*

De la misma manera, la *Sociología Jurídica* estudia la eficacia de las normas, es decir, si los ciudadanos y los funcionarios ajustan o no su conducta a lo establecido por el derecho. Aquí nuevamente la sugerencia de Kelsen es pertinente y hay que decir que los marxistas han descuidado totalmente este punto. En efecto, es común, como hemos visto, la idea de que el derecho es *efecto* o *resultado* de la lucha de clases, sin atender para nada al hecho de que el derecho *motiva* conductas, y por tanto *conserva* relaciones sociales tanto como las crea. Y también las ideas de justicia *transforman* y crean relaciones.

> El hecho de que algunos hombres se conduzcan de un determinado modo *porque* consideran que así está prescrito por normas jurídicas, constituye, sin duda, un componente esencial para el nacimien-

to *empírico*, real, de un 'orden jurídico' y también para su perduración.[4]

Y Kelsen:

Si examinamos, por ejemplo, los motivos de los individuos que crean, aplican y obedecen el derecho, encontraremos en su espíritu ciertas ideologías, entre las que desempeña un papel esencial la idea de justicia, (*TGDE*, p. 207).

Como se ve, en esto de considerar a las normas y a las ideas sobre la justicia como las causas inmediatas de las acciones sociales, y por lo tanto en el objeto de la *Sociología Jurídica*, Kelsen y Weber están de acuerdo. Y no sólo me parece que ello no es contrario a ningún marxismo, sino, otra vez, de indispensable aceptación para el mismo.

4. *La Sociología Jurídica como condición de la Jurisprudencia*

Kelsen escribió que

Un orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, (*TPD*, p. 224).

En verdad, se trata de una extraña afirmación para una teoría que ha sido calificada de "formalista" y acusada de restar importancia a la "realidad social" o a las "relaciones sociales". Este texto kelseniano se compagina con muchos otros de los cuales resulta, sin duda alguna, que para Kelsen la validez de las normas y del sistema jurídico en su totalidad, depende de su eficacia. O, como lo dice expresamente, la eficacia del derecho es *condición* de su validez. Esta es la idea central, que no tiene nada de "formalista", si eso quiere decir que desatiende a la realidad. Veamos esto cuidadosamente.

[4] Weber, M., *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p.251.

4.1. *Dos conceptos de eficacia*

Destaquemos en primer lugar que en Kelen hay dos conceptos de eficacia:

4.1.1. *Eficacia respecto del orden jurídico en su totalidad*

> Un orden jurídico es considerado válido cuando sus normas en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son fácticamente aceptadas y aplicadas, (*TPD*, p. 224).

Aunque por su parte,

> Las normas de un orden jurídico ... solamente tienen validez *cuando*, (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz". (TPD, p. 224).

Es decir, para cada norma es verdadero decir que *vale* si pertenece a un orden jurídico *eficaz*. Y en la página anterior, dice que:

> ...la eficacia del orden jurídico como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son ... condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico como un todo, y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz". (*TPD*, p. 223).

Mientras que en el primer texto, dice que el orden es válido si sus normas son eficaces, ahora dice que es válido si él mismo es eficaz. Se desprende de esto que la eficacia de un orden consiste en que sus normas sean eficaces. Expresamente, por lo demás, lo dice en otra parte:

> ...un orden jurídico que, considerado en su totalidad, es eficaz, o sea cuando las normas de éste son, en la mayoría de los casos, obedecidas por los sometidos al propio orden..., (*TGDE*, p. 202).

4.1.2. *Eficacia de una norma aislada*

Por su parte,

> Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida, cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo que menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada 'efectividad' es una condición de su validez, (*TPD*, p. 24).[5]

Hay, por tanto, eficacia del sistema en su conjunto, que depende de la eficacia de las normas que lo componen, y hay eficacia de las normas individualmente consideradas. No es lo mismo. Pero la eficacia de las normas individuales, en su conjunto, es lo que mostrará la eficacia del sistema.

Esto quiere decir que, para saber si un sistema es eficaz, hay que estudiar la eficacia de las normas individuales. Y esto es un estudio de *Sociología Jurídica*. Pero, como, además, también la *validez* de un orden depende de la eficacia de sus normas, *resulta*

[5] Otra, creo que muy distinta, era la posición de Kelsen en 1911: "La 'inobservancia' no tiene, tratándose de normas jurídicas, la misma significación que tratándose de leyes morales. Una norma jurídica no acatada por nadie no por ello dejaría de ser tal norma jurídica", (*PCTJE*, p. 42). La razón que da más adelante parece ser la necesidad de defender el orden jurídico contra su violación. Dice: "Del mismo modo que sería absurdo tratar de justificar jurídicamente la revolución... el derecho a no respetar el derecho, sería una contradicción consigo mismo querer construir jurídicamente la derogación de una ley por el abuso de las autoridades (que no la aplicarían y por eso sería 'ineficaz' según hace ver unos renglones antes; O.C.), el cual no es, jurídicamente, otra cosa que la revolución...", (*PCTJE*, p. 43). Y agrega el que parece ser el motivo para rechazar lo que luego aceptaría en *TPD*: "Pues bien, no otra cosa es lo que persigue la teoría que se empeña en incluir como elemento esencial en el concepto de la norma jurídica, por naturaleza normativo, un aspecto referente al ser: el hecho de su acatamiento o aplicación...", cosa que él mismo diría luego. Entonces cabe decir que para Kelsen, el de *TPD*, el concepto de norma sí integra este aspecto referente al ser: la eficacia.

que para saber si un orden es válido es necesario saber si sus normas son eficaces. Y esto es lo mismo que decir que, para saber si un sistema jurídico tiene validez, primero que nada hay que realizar un estudio sociológico.

4.2. *La relación entre validez y eficacia*

El concepto de *validez*, donde se encuentra según Kelsen la especificidad del derecho, es uno de los más hetéreos. Dice Kelsen que con "el término 'validez' designamos la existencia específica de una norma", (*TPD*, p. 23) y que "la validez de una norma no es algo real". (*TPD*, p. 24). Esto quiere decir que el derecho se instala en el mundo ideal —como quería Marx con aquello de las *superestructuras*, por lo demás. Y frente a desafortunados intentos de "bajar a la realidad", que con la cobertura que dan términos a primera vista atractivos para la *Sociología*, como "bajar" y "realidad", finalmente esconden el papel que juega el mundo normativo, Kelsen advierte:

> Cuando se afirma la validez, es decir, la existencia específica del derecho, como dada en alguna realidad natural, uno se sitúa fuera de la posibilidad de captar el sentido peculiar con que el derecho se dirige a la realidad". (*TPD*, p. 225)

"El *sentido peculiar* con que el derecho se dirige a la realidad...". Kelsen defendió siempre esta idea de no caer en la tentación del sociologismo y abandonar la convicción de que el derecho pertenece al mundo ideal. A primera vista, esto puede parecer una tozudez idealista, y así ha sido visto por muchos marxistas no muy cuidadosos. Sin embargo, no hay nada de idealismo en algún sentido que fuera inaceptable para el marxismo. Por el contrario, no veo otra manera de plantear, desde un punto de vista compatible con el pensamiento de Marx, la cuestión del poder. Dejar de lado la radical idealidad de las normas, significa tanto como ocuparse del ejercicio del poder ocultando, acríticamente, apologéticamente, y entonces sí que de manera incompatible con todo marxismo posible, el lugar donde hace pie ese poder. Ese lugar es la conciencia del dominado a donde llega

el sentido del acto de voluntad de que habla Kelsen de la única manera que puede llegar: como idealidad.

Al ocultamiento de esto es adonde conduce la llamada *Jurisprudencia Sociológica* o los diversos matices de "realismo" sociológico combatidos por Kelsen. Estas posiciones quieren ocuparse solamente de "lo tangible" del comportamiento "real" de los ciudadanos y los órganos estatales, sin preguntarse por qué se comportan así. Quieren ocuparse solamente de la obediencia a la ley dejando de lado *el amor* por la ley; las razones de la obediencia. Es decir, ocultar, o sustraer a la crítica, el hecho de que la norma es *causa* de la conducta de los hombres. Para decirlo con palabras de inocultable origen metafísico, es esconder la *voluntad de poder*, ese "sentido peculiar" con que el derecho se dirige a la realidad, a los hombres. Sin la consideración del derecho como idealidad, pasa desapercibido el hecho de que las conductas "verificables" son producidas precisamente por la acción de esa idealidad en la conciencia de los receptores de las normas.

De manera que que la insistencia kelseniana no tiene nada de incompatible con el marxismo, sino más bien lo contrario: ningún marxista podría prescindir del problema de la *validez* del derecho en el estudio de éste.

Pero, como la validez, la existencia de las normas, no es un fenómeno natural, esto es, observable, se advierte que la existencia puede predicarse de una norma siempre que la misma sea eficaz, lo cual sí es un fenómeno comprobable por los medios comúnmente aceptados por las ciencias sociales. De esta manera, aquello que constituye la esencia del derecho, la *validez* queda dependiente de la eficacia. Pero no en el sentido causal, o sea en el sentido de que la eficacia sea aquello que produce la validez, puesto que la causa de la existencia de una norma, para Kelsen, es el hecho de que alguien la haya producido mediante un acto de voluntad. La validez es dependiente de la eficacia en el sentido de que sólo podemos saber de la validez una norma si comprobamos su eficacia. La eficacia es el signo de la validez. Kelsen dice textualmente que la eficacia es la *condición* de la validez, porque si no hay eficacia la norma no es considerada válida. Pero ¿cómo sabremos si es o no "considerada válida" (veremos por quién debe "ser considerada") si no es porque observamos conductas

acordes con las normas? Entonces adonde veamos *eficacia* habrá *validez*, todo según el propio Kelsen. Entonces la eficacia es el *signo* de la validez de las normas.

4.3. *La relación entre Sociología Jurídica y Jurisprudencia Sociológica*[6]

Si sólo puede predicarse validez *después* de un estudio empírico de las relaciones sociales, que establezca que las normas "se cumplen", entonces la *Jurisprudencia Normativa* es posterior a la *Sociología Jurídica*. O bien, aquélla debe incluir los resultados de ésta, puesto que aquélla sólo puede predicar validez de las normas que describe sólo si previamente se ha *comprobado empíricamente* que son eficaces. Dicho de otra manera, si la eficacia es condición de la validez, la *Sociología Jurídica* es dición de la práctica de la *Jurisprudencia Normativa*.

De otra manera: si la *Jurisprudencia Normativa* tiene por objetivo describir las normas válidas de un sistema jurídico, si tales normas son válidas porque pertenecen a un orden eficaz, si este orden es eficaz cuando son eficaces las normas que lo integran, no veo cómo escapar a la conclusión de que, en Kelsen, esta ciencia depende del estudio de la eficacia de las normas.

Pareciera que el procedimiento debiera ser éste: la *Jurisprudencia Normativa* formularía primeramente una hipótesis que diría "el conjunto *X* de normas es válido, o tal vez mejor, "las normas n_1, n_2, ... n_n, constituyen un conjunto *X* y son válidas" Con toda razón, podría decirse que, para Kelsen, ésta hipótesis tendría que ser formulada luego de un estudio de actos concretos, empíricos, de voluntad, lo cual se parece a un estudio histórico que no tendría nada de "formal". De todos modos se trataría de una hipótesis, no de una conclusión científica.

[6] Denomino "Jurisprudencia Normativa" a esa ciencia que preconiza Kelsen, que se limita —que debe limitarse—, a describir normas. Denominarla "Ciencia Jurídica", es tanto como descalificar a la *Sociología Jurídica* como ciencia del derecho.

Luego de formulada la hipótesis, la *Jurisprudencia Normativa* tendría que entregarse a la *Sociología Jurídica* para que ésta verificara cuáles de las normas descritas son eficaces y cuáles no. Después de este trabajo, se practicaría realmente la *Jurisprudencia Normativa*, cuyo trabajo consistiría en describir esas normas —tarea que en realidad tiene que haberse hecho ya en la hipótesis—, sistematizarlas tal vez, aplicarle los recursos lógicos para establecer contradicciones, aclararlas, etcétera.

Pareciera que el material de la *Jurisprudencia Normativa* debe ser entregado por la *Sociología Jurídica*, que partiría por su parte de las hipótesis de aquélla. Esto podría verse como reflejo de la concepción kelseniana de *Sociología del Derecho*, a la que, en su discusión con Weber, coloca en lugar subordinado respecto de la *Teoría del Derecho* puesto que sólo ésta última puede proporcionar el concepto de *derecho* que le permitiría a aquélla distinguirse de la *Sociología* general. La prioridad del derecho sobre la *Scoiología* a nivel teórico, se manifestaría como esta prioridad, respecto de las hipótesis, de la *Jurisprudencia Normativa* en relación con la *Sociología Jurídica*; sin embargo, respecto de la práctica científia específica empírica, sus resultados constituirían la base para la práctica de aquélla.

En su discusión con lo que llama la *Jurisprudencia Sociológica*, Kelsen se refiere a este problema, pero desde el ángulo de su defensa ya mencionada de la especificidad del derecho como fenómeno ideológico.[7] El sentido general de todo el texto es explicar la parcialidad y la notoria incompletitud del análisis que del derecho hacen quienes adhieren a esta concepción tan típicamente anglosajona. Sin embargo Kelsen se las tiene que ver con este argumento: las conclusiones a las que arriba la *Jurisprudencia Sociológica* —que no es lo mismo que *Sociología Jurídica*—, son similares a aquéllas a las cuales arriba la *Jurisprudencia Normativa*, puesto que ésta describe como válidas las normas que la otra también describe como "hechos". Kelsen acepta el argu-

[7] Véase *TGDE*, p. 209, el cap. XII de la primera parte.

mento y lo refuta. Pero ¿por qué lo acepta? Porque efectivamente los resultados son similares. Y hay una razón para ello:

> La razón está en que la jurisprudencia normativa afirma la validez de una norma, o lo que es lo mismo, su 'existencia', únicamente cuando el precepto pertenece a un orden jurídico que, considerado en su totalidad, es eficaz, o sea cuando las normas de éste son, en la mayoría de los casos, obedecidos por los sometidos al propio orden o, en la hipótesis de la desobediencia, aplicadas la mayoría de las veces por los órganos estatales, (*TGDE*, p. 202).

Según esto, en Kelsen la *Jurisprudencia Normativa* depende de los resultados de la *Sociología Jurídica* puesto que únicamente predica validez respecto de las normas que son eficaces.

Atiéndase al hecho de que Kelsen no identifica la *Sociología Jurídica* con la *Jurisprudencia Sociológica* a pesar de que ésta sea una práctica sociológica. Para Kelsen, la *Sociología Jurídica* tiene por objeto la conducta humana "determinada" por la norma jurídica. En el último párrafo de este texto, toma distancias de Weber indicando que éste limita la *Sociología Jurídica* a la conducta "orientada" hacia las normas, lo cual excluiría de esta disciplina, dice Kelsen, por ejemplo a las conductas antijurídicas de quienes, por desconocer las normas, no pueden "orientar" por ellas sus acciones. O sea que respecto de la *Sociología Jurídica*, Kelsen se mide con Weber, no con los sostenedores de la *Jurisprudencia Sociológica*. Esta última, más que una ciencia social, parece una descripción de la práctica concreta de los abogados litigantes, cuya principal preocupación es predecir lo que harán los tribunales (o los funcionarios en general). La *Sociología Jurídica*, en cambio, es una ciencia que tiene por objeto la conducta de los ciudadanos y los órganos estatales; pero no todas las conductas, sino aquellas que pueden ser "medidas" o confrontadas con las conductas descritas idealmente en las normas. Y el objetivo de esta ciencia no es proporcionar a los abogados elementos para ejercer su profesión —aun cuando pueda serles útil—, sino algo mucho más interesante, como es saber si quien produce normas consigue hacerse obedecer.

Me parece que todos estos textos apoyan suficientemente la conclusión de que, en Kelsen, la *Sociología Jurídica es* condición de la práctica de la ciencia dogmática. Según esto, quienes deben ser tildados de "formalistas" son los que dicen que puede haber una *Ciencia Jurídica* sin estudios sociológicos. Y deben ser tildados de no-científicos quienes pretenden describir normas, o postular la validez de normas, cuya eficacia no haya sido comprobada previamente. Ni unos ni otros pueden, en consecuencia, reclamarse de la línea científica propuesta por Kelsen.

4.4. *La Sociología del Derecho y el pluralismo jurídico*

Tal vez no sea inoportuno destacar que, si Kelsen propone que son normas válidas sólo las que son eficaces —hasta cierto punto, claro—, entonces lo que propone es el reconocimiento de lo se ha llamado el pluralismo jurídico como fenómeno típico de derecho.

En términos tal vez no muy precisos, se ha denominado así al fenómeno tan común en América Latina, de la coexistencia de dos o más ordenamientos jurídicos: el establecido por los órganos del estado, y otros que, junto o contra éste, muestran cierto grado de eficacia. El caso típico es el derecho existente en las comunidades indígenas que han conseguido mantener la eficacia de las normas que desde siempre han regidos las relaciones de sus miembros. Pero, además, y esto es muy importante desde el punto de vista de la defensa de la democracia, existen innumerables normas, no producidas por los órganos estatales, que se dan a sí mismas distintas comunidades, como las universitarias por ejemplo, normas éstas que son producidas de manera auténticamente democrática, por aquellos mismos que luego se sujetan a ellas. Que es precisamente como Kelsen define la democracia: la participación, en la creación de las normas, de aquellos que luego estarán sometidos a ellas. De modo que Kelsen es totalmente congruente con su pensamiento político; quiero decir, la ciencia que propone que se reconozca como ciencia del derecho, es una ciencia que reconoce que las normas que se dictan las comunidades son tan normas jurídicas como las que dicta el estado; más aún, si el estado dicta normas que contradicen las de las comuni-

dades, como son las de éstas y no las estatales las que están siendo eficaces, son aquéllas las válidas y no las estatales. Esto significa, ni más ni menos, que los juristas que acepten cultivar la ciencia que propone Kelsen, son —*deberían* ser—, unos juristas que describen como válidas esas normas de los sistemas paralelos, y se niegan a justificar con su ciencia, las imposiciones antijurídicas de los órganos estatales centrales cuando éstos atentan contra la normatividad efectiva de las comunidades.

Dicho de otra manera, conforme con el pensamiento de Kelsen, la ciencia jurídica debería ser una que dice a jueces y funcionarios que las que *valen*, son las normas que se dictan los propios súbditos del estado y no las de éste, si es que éste dicta normas contradictorias con las primeras. Y, conforme con el pensamiento de Kelsen, los juristas que sostienen que valen las normas del estado central por encima de cualquier otra norma comunitaria, es un jurista no—científico, además de *antidemocrático*.

No encuentro de qué manera alguien podría reclamarse marxista sin incorporar estos resultados de la teoría pura del derecho.

4.5. *La relación entre Teoría del Derecho, Jurisprudencia Normativa y Sociología Jurídica*

La dependencia teórica de la *Sociologia Jurídica* respecto de la *Teoría del Derecho*, ya mencionada, tiene esta otra faceta. Según Vernengo, en el último Kelsen, el concepto de *validez* adquiere contenidos ya no tan etéreos. En primer lugar,

> ...las normas serán válidas en cuanto exhiban, como dice Kelsen, una suficiente determinación de sus ámbitos de aplicación.[8]

[8] Vernengo, Roberto J., "Validez y verdad en la Teoría General de las normas de Hans Kelsen", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, número 25, Granada, 1985, p. 27.

Vernengo dice que en tal caso se trataría de "un enunciado normativo bien formado". En un segundo significado, validez quiere decir que, por tratarse de enunciados bien formados —"condición previa a que puedan ser válidas"—, las normas "deben—ser observadas". Y agrega:

> Y sólo con respecto de normas dotadas de tal validez puede inquirirse, mediante una investigación empírica, si efectivamente son acatadas o si efectivamente producen modificaciones en el comportamiento de sus receptores, (*idem*).

Según esto, hay una tarea previa a la formulación definitiva de la hipótesis que la *Jurisprudencia Normativa* debe entregar a la *Sociología Jurídica*. Se trata de una actividad propia de juristas que, apartir de resultados enrtregados por la *Teoría del Derecho*, permitiría saber cuáles son aquellas normas cuya eficacia debería comprobarse para poder luego ser incoporadas a la descripción del conjunto de normas válidas. En efecto ¿cómo se construirían esas hipótesis si no a partir de la teoría? Se trata de lo que decía Kelsen en la discusión con Weber: es la *Teoría del Derecho* la que produce el concepto que de lo jurídico utilizará la *Sociología*.

Atendiendo a estas precisiones, la *Jurisprudencia Normativa* sería una práctica científica que aparece ahora como dividida en dos momentos mediados por la práctica científica de los sociólogos del derecho.

5. *Teoría pura y ciencias jurídicas*

No cabe duda de que desde un punto de vista inspirado en el pensamiento de Marx, no puede resultar aceptable una posición teórica que propugne una "pureza" que signifique prescindir de la *Sociología* y de la *Política*. Y pareciera que eso es lo que quiere Kelsen, cuando menos a primera vista, y si estamos a lo que enseñan los kelsenistas, cuando menos la mayoría de ellos.

Pero confieso que no me queda claro qué tiene de "pura" una teoría que tiene tantas implicaciones políticas, que no parece tener otro objetivo que quitar toda base científica a todo poder, y que, por lo que hace al tema de este capítulo, convierte a la

ciencia jurídica "pura" en una ciencia condicionada por la *Sociologia Jurídica*. Y que, por si fuera poco, condena a la a-cientificidad a todos los, entonces *pseudo* científicos, que detentan el control de las Facultades de Derecho de casi todo el mundo, puesto que, en casi todas partes, reina un tipo de *pseudo* ciencia jurídica que tiene todos los defectos que combate Kelsen: es apologética del poder, porque disfraza su justificación del derecho bajo la simulación de ser lo que no es: *ciencia*; por regla general, los que la practican combaten la introducción de la *Sociología Jurídica* en los programas de estudio y propugnan que el derecho válido es el que dicta el estado, sea o no eficaz —su lema es "la ley es la ley".

Por el contrario, me parece que la teoría de Kelsen no sólo es aceptable para el marxismo, sino que no veo cómo ha sido posible proclamarse tal, sin suscribirla cuando menos en su mayor parte.

Comprendo que decenas de textos kelsenianos parecen apoyar lo contrario. Sobran los ejemplos. En 1923 escribió en el prólogo a la segunda edición de su primera gran obra, que

> ...la finalidad que en esta obra perseguimos y que, de entonces acá, informa también los demás trabajos de investigación emprendidos por nosotros, es la de llegar a una *teoría pura del derecho* ... De una parte saliendo al paso de las pretensiones de la llamada consideración 'sociológica' ... De otra parte, enfrentándonos con la *teoría del derecho natural*, que ... trata de arrancar la teoría del derecho del campo de las normas jurídicas positivas para llevarla al terreno de los postulados ético políticos, (*PCTJE*, p. XXXIX).

O sea, contra la *Sociología* y contra la *Política*. En el prólogo a *TGE* se reclama continuador de una línea de pensamiento que

> apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídico, sin matiz político alguno, (*TGE*, p. VII)

Y si así se veía en 1925, en 1934 escribió el prólogo a *TPD* que ya hemos visto, y cuyas intenciones repite en la edición de

1960: parece toda una vida dedicada a expulsar a la *Sociología* y a la *Política* de la consideración del derecho.

Y sin embargo, son innegables las consecuencias políticas y sociológicas de un pensamiento que se denomina a sí mismo como "puro". Hay también una buena cantidad de textos que muestran esta faceta no tan pura de su teoría. Por ejemplo, en otro prólogo, que son los lugares donde los autores suelen decir cómo se ven a sí mismos, dice Kelsen:

> La teoría pura del derecho es una teoría monista. Pone al descubierto que el Estado, concebido como ser personal, no es, en el mejor de los casos, sino la personificación del orden jurídico nacional y, de manera más frecuente, una simple hipóstasis de ciertos postulados morales y políticos. Al abolir tal dualismo, mediante la disolución de la hipóstasis que suele conectarse con el ambiguo término 'Estado', la teoría jurídica pura descubre las ideologías políticas que anidan en la ciencia jurídica tradicional, (*TGDE*, p. IX).

En éste y otros textos, la teoría pura se autoerige en combatiente contra las ideologías políticas (contra todas; cosa que no sucede cuando Kelsen se coloca en el espacio de la *Filosofía Política* para combatir sólo a las ideologías totalitarias). Pero, ¿cómo es posible decir que quien combate ideologías políticas no está cumpliendo un acto político? La única manera de hacer congruente esta aparente contradicción, es reconocer que Kelsen cumple aquí con una exigencia cientificista de su espíritu, que es la misma que ha intentado también algún marxismo que, como el de Althusser, proclama que se trata de un combate de la ciencia contra la ideología. Kelsen, como Althusser siguiendo a Marx, Engels y Lenin, cree que la suya es una teoría que enuncia la verdad, y que desde esta teoría se combate con éxito "lo otro", calificado de *ideología*. La diferencia con otros estaría en que Kelsen, siguiendo la tónica general de su filosofía relativista y democrática, no aceptaría que se condenara a nadie por no estar convencido de la verdad de la teoría pura, ni impediría la investigación a partir de teorías distintas a la suya. Que es una actitud

tolerante que está muy lejos de ser seguida por muchos que se creen sus continuadores.

Pero lo cierto es que una teoría como la kelseniana, sólo puede calificarse de "pura" si se parte de la idea de que existen, frente a frente, la verdad y la ideología. Esto, en Kelsen, me parece una contradicción, que, como veremos, es la que él le reprocha a Marx. A esta contradicción son conducidos todos aquellos que, no aceptando criterios metafísicos de verdad, piensan que de todos modos puede llegarse a la verdad. La verdad absoluta sólo puede ser sostenida por quienes creen en dios u otras formas de absoluto, como la razón, la dialéctica o las leyes naturales. De lo contrario, sólo puede aceptarse que la verdad es algo relacionado solamente con ciertos postulados metódicos aceptados *convencionalmente*. Por ejemplo, el postulado de la comprobación empírica: aceptaremos, se diría, que es "verdad", que es confiable, todo enunciado que ofrezca la posibilidad de ser comprobado empíricamente, y mientras un experimento no compruebe lo contrario. Esto convierte a la verdad en algo relativo. Pero es contradictorio por una parte negar una verdad apoyada en ideas absolutas, y por otra parte sostener que existe alguna forma de llegar a la verdad.

Pues bien; suponer que existen frente a frente la verdad y la ideología, es correcto para los pensadores orientados metafísicamente. Y es contradictorio respecto de quienes no lo están. Kelsen combatió siempre los absolutismos metafísicos, de modo que debe ser encuadrado entre estos últimos. Pero creyó en la ciencia y en la verdad. En 1939, escribió para su amigo Weyr:

> Desde luego, no es conforme a la época este ideal de una ciencia independiente de la política. Y sin embargo es lo único que puede garantizar la existencia de la ciencia. La historia del espíritu humano lo demuestra. Por eso no es únicamente en nombre de tus amigos científicos en el extranjero, es en nombre de la ciencia, que nos es sagrada, que expreso el deseo: que tú, luchador y honesto por la independencia y libertad del conocimiento, continúes entre nosotros todavía muchos, muchos años, para que la conciencia de

> tenerte como compañero de batalla no nos deje disminuir el ánimo de la eterna lucha por la verdad.[9]

Nótese que Kelsen no distinguía entre teoría y ciencia o sea entre una práctica empírica y la teoría que la funda. El veía a la teoría pura como ciencia enfrentada a la ideología, y por esto último entendía sobre todo a las distintas clases de jusnaturalismo que calificaba de totalitarismos.

> Justamente, por esta tendencia suya antiideológica, la teoría pura del derecho se muestra como verdadera ciencia jurídica, (*TPD*, p. 121).

Sin embargo, nosotros podemos distinguir entre lo que Kelsen ha hecho, es decir, entre la *Teoría Pura del Derecho* y la práctica científica que deberían hacer los juristas que quisieran seguirlo. Si éstos consiguieran realizar una práctica de descripción de normas sin incluir sus puntos de vista éticos y políticos, entonces cumplirían el anhelo kelseniano de una ciencia "pura". Tengo para mí que eso no es posible; y no sólo porque decir "puramente" cuáles son las normas que "deben" obedecerse no me parece a-político, sino porque no creo que haya juristas que acepten describir normas sin opinar sobre ellas. Pero aun suponiendo que eso es producto, como cree Kelsen, de los tiempos tumultuosos que nos ha tocado vivir, de todos modos no creo que la *teoría* de Kelsen sea "pura" en el sentido de ser desprovista de contenido político. No creo que una teoría que postula que la eficacia es condición de la validez y que se coloca en franco combate con ideologías, pueda ser catalogada como a-política.

Y, finalmente, creamos o no creamos que es "pura", tuviere o no razón Kelsen, de todos modos ahí está su teoría para ser valorada por cualquiera. Y entre ellos, los marxistas que, a mi juicio, bien harían en aceptarla.

[9] Citado por Rudolf A, Métal en "Hans Kelsen y su escuela vienesa de teoría jurídica", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 19, México 1974, p. 8.

Capítulo V

EFICACIA DEL DERECHO Y HEGEMONÍA POLÍTICA

La diferencia entre la eficacia predicada de normas individuales y la eficacia predicada del sistema jurídico en su conjunto, consiste en que, en el segundo caso, y dado el conocido monismo kelseniano, estaríamos hablando de la *eficacia del estado*. Pero, ¿qué puede querer decir que *el estado es eficaz?* Sólo, sencillamente, que "alguien" ejerce el poder a través del orden jurídico o estado. "Eficacia" quiere decir, entonces, *ejercicio del poder*. Lo dice el propio Kelsen:

> Si en lugar del concepto de realidad —como eficacia del orden jurídico— se recurre al concepto de poder, el problema de la relación entre validez y eficacia del orden jurídico, pasa a coincidir con el mucho más corriente de la relación entre derecho y poder. Y la solución aquí intentada no es más que la formulación ... de la vieja verdad: el derecho, por cierto, no puede darse sin poder, pero, con todo, no es idéntico al poder. Es, en el sentido de la teoría aquí desarrollada, un determinado orden (u organización) del poder, (*TPD*, p. 225).

Es decir, la validez está "condicionada" o *depende* de la eficacia, como el derecho está "condicionado" o *depende* del poder. Representémoslo así:

eficacia	poder	?
validez	derecho	estado

Pero si el derecho depende del poder, ¿de quién depende el *estado*? ¿Cuál es la palabra que hay que poner en el lugar que ocupa el signo de interrogación? Kelsen dice que las normas son el sentido de *actos de voluntad*; por tanto, también el conjunto de esas normas, el *orden jurídico*, es decir, *el estado*, son el produc-

to de actos de voluntad. Pero, ¿de quién? La respuesta está, entre los marxistas, en Gramsci: el estado, como orden jurídico, es el producto de la voluntad *del grupo en el poder*. Dicho de otra manera, que un estado sea *eficaz* significa que un grupo en el poder ejerce su *hegemonía*. Esto significa que, desde el punto de vista gramsciano, la *Sociología Jurídica* propuesta por Kelsen es una ciencia cuyo objeto es el estudio de la hegemonía.

1. *Eficacia del derecho y hegemonía política*

1.1. *La eficacia del derecho como capacidad del gobierno para lograr obediencia*

> Mientras un orden jurídico considerado en su totalidad conserva su eficacia, y el gobierno es capaz de lograr que en la mayoría de los casos se le obedezca, la más probable de todas las posibilidades es la de que una reglamentación expedida por las autoridades competentes sea realmente observada, (*TGDE*, p. 205).

En este texto aparece claramente la idea de que la eficacia de un sistema jurídico consiste en el hecho de que un gobierno consigue ser obedecido. Y, agrega Kelsen, en tal caso puede plantearse la hipótesis sociológica de que conseguirá que se observen otras normas que introduzca en el sistema jurídico.

La eficacia consiste, para Kelsen, en el *hecho*, empíricamente comprobable, de que los ciudadanos ajustan su conducta a lo establecido por las normas, y al hecho de que, en caso contrario, los órganos del estado aplican las sanciones previstas para tal hipótesis. Entonces, *eficacia* de las normas es igual a obediencia o aplicación de las mismas.

Esto permite sostener, que el concepto de *hegemonía* en Gramsci implica la eficacia del derecho según Kelsen; que por tanto, la *Sociología Jurídica* se beneficiaría con esta relación entre ambos pensadores; que, para que haya *hegemonía* de un grupo social, es necesario que éste sea "capaz de lograr que en la mayoría de los casos se le obedezca". Es decir, que el politólogo podrá decir que existe *hegemonía* donde la *Sociología Jurídica*

compruebe que hay *eficacia del derecho*. De donde la *eficacia* de las normas resulta uno de los *signos* de la hegemonía, uno de los datos empíricos que permitirían afirmar que un grupo tiene *hegemonía* sobre la sociedad.

1.2. *La hegemonía como "dirección" en Gramsci*

No encuentro un texto gramsciano que *defina* expresamente el concepto de hegemonía. Gramsci habla de hegemonía como *dirección*: ejercer hegemonía es *dirigir*. Y con poco que se piense, *dirigir* y *derecho* tienen el mismo origen; tienen, etimológicamente, el mismo significado. "Dirigir" quiere decir "hacer hacer", más que reprimir cuando se desobedece. En todo caso, "dirigir" sería hacer que el órgano competente actúe imponiendo una sanción. Pero en ningun caso "dirigir" es el *acto de coacción en sí mismo*, y tampoco "hacer hacer" por la fuerza —como fuera retirar, arrastrándolo, a un manifestante pacifista instalado en la calle. Respecto del caso de "hacer hacer" por temor, como fuera impedir la toma de una fábrica por los obreros, mediante el despliegue de perros policías en las puertas, tampoco es un caso de "dirección", en el sentido en que puede ser expresivo de la idea gramsciana de "hegemonía". Sin embargo, como sostendremos aquí, sí significa "dirigir", el hecho de "hegemonizar" los órganos del estado.

"Hegemonía", en el sentido de *dirigir*, hacer que otros actúen de cierta manera, es, en Gramsci, la *virtud* de un "grupo" en el poder. (La palabra "grupo", por su ambigüedad, permite en este momento avanzar sin dilucidar "quien" es "grupo", que no está en cuestión aquí). Conseguir que "otros" —la sociedad, en general; en "cierto grado" diría Kelsen— produzcan unas y no otras conductas, es *ejercer el poder*. Para ello, el grupo social debe desarrollar una amplia y compleja labor política, de cuyo éxito depende que acceda al poder y lo *conserve*. El aporte de Gramsci al pensamiento marxista, consiste en haber mostrado que conseguir "hacer hacer", es el fruto de una labor *ideológica*; que para que otro haga lo que se desea que haga, es necesario "convencerlo", esto es, "educarlo" o *forjar su ideología*. Gramsci, muy en la frecuencia contemporánea, dice que no hay domina-

ción sin el consentimiento, conseguido de alguna forma, del dominado. Conseguirlo es *tener hegemonía* en una sociedad.

1.3. *Los intelectuales como funcionarios de la hegemonía*

El aporte de Gramsci va aún más allá, hasta intentar dilucidar el *cómo* se consigue la hegemonía. Si bien no se trata de una novedad para el marxismo, de todos modos, de los apuntes de Gramsci, emerge con una nueva dimensión la figura del *intelectual*. Este "funcionario de la ideología", cumple el *rol* de constructor de ésta, la que también transmite hasta el grado de "sentido común", al que Marx le atribuía una fuerza formidable. El "sentido común" hecho carne en las masas, se convierte en fuerza material. Estas concepciones marxianas de la ideología son las que Gramsci desempolvó y colocó en el centro de la política: hacer política es trabajar en el interior de la ideología para "hacer hacer", para "dirigir"; el objetivo de la política es la hegemonía que es lo que garantiza el ejercicio del poder por parte de quien la detenta.

1.4. *Corrección de Gramsci.*

"Derecho" como "dirección" no es frecuente en Grasmci, porque como casi todos los politólogos, capta del derecho sólo un aspecto: el negativo, el de la represión.

> El derecho es el aspecto represivo y regresivo de toda la actividad positiva de civilización desarrollada por el Estado.[1]

La positividad, la función del "conseguir hacer hacer", Gramsci la adjudica a la *ideología*. Sin embargo, esta especie de

[1] Gramsci, A., *Antología*, traducción y selección de M. Sacristán, México, Siglo XXI, 1977, (en adelante *Antol.*), p. 400. Los textos gramscianos serán tomados de antologías anteriores a la difusión de los Cuadernos. No ignoro por tanto las limitaciones de esta lectura, que se justifica solamente porque aquí no se intenta otra cosa que sugerir vías de contacto, de beneficio mutuo, entre marxismo y kelsenismo.

desconexión entre ideología y derecho hay que atribuirla más bien a cierta despreocupación por pensar más cuidadosmanete lo jurídico, puesto que no cabe sino pensar que, si se hubiese detenido más en el tema, para ser congruente consigo mismo, hubiera tenido que aceptar que el derecho es ideología, y aceptar todas las consecuencias de ello. El mismo Gramsci, a renglón seguido, anota:

> En la concepción del derecho habrá que recoger también, incorporándolas a ella, las actividades 'de premio' para individuos, grupos, etcétera; se premia la actividad laudable y meritoria, igual que se castiga la actividad criminal (y se castiga de modos originales, haciendo que intervenga como sancionadora la 'opinión pública'), (*Antol.* p. 400)

"Habrá que incorporar" —dice— a la concepción del derecho, como si pensara que no está incorporada la función positiva que consiste en "premiar". Nadie aceptaría hoy que haya una "concepción" del derecho que no incluya la función promotora de conductas valiosas.

Este despropósito provenía, creo, de pensar el derecho parcialmente; y esto porque se atendía sólo a aquello que lo distingue de toda otra ideología: la amenaza de la sanción. Sin embargo, el derecho no tiene como función sancionar sino "hacer hacer". Incluso en su función de organización de la coacción, es un discurso que "hace hacer" a los órganos del estado ciertos movimientos con la amenaza de sancionarlos, ahora a ellos, si no reprimen. Pero se trata siempre de un discurso que "hace hacer"; (o no, en cuyo caso es ineficaz).

Si corregimos esta imprecisión gramsciana acerca del derecho, el sentido general de su pensamiento nos permitirá ver a éste como una de las técnicas principales de la hegemonía, a tal grado, que su eficacia aparecerá como signo de ésta.

1.5. *Corrección de los juristas*

Pero también es necesario corregir la apreciación corriente que el propio jurista tiene del derecho. Se nos enseña en las

escuelas de jurisprudencia que el derecho es algo así como una "cosa", cuya manipulación es la razón por la cual estamos allí; una "cosa" en el sentido de ser algo *objetivo*, inerte, que allí está, como separado de los hombres, esperando ser puesta en acción. Mientras que el derecho no es algo objetivo e inerte, separado del jurista, sino un discurso que existe *en el jurista*, no fuera de él.

El derecho pertenece al orden de los usos prescriptivos del lenguaje, que constituye una apropiación del mundo específica: el *deber*. Dicho de otra manera, el derecho da el sentido a las conductas; el sentido de lo bueno y de lo malo, de lo aceptable y lo repudiable, de lo plausible y lo reprimible. Sólo que, a diferencia de otros usos prescriptivos del lenguaje, el derecho: a) regula su propia producción, y b) amenaza con una sanción o perjuicio especial. Los otros sectores de la ideología no regulan su propia producción. Por ejemplo, no es el propio discurso de los economistas el que establece la calidad de "economista" de quien lo emite, y que se supone que dice la "verdad" y propone "políticas". La legitimidad de ese discurso proviene del prestigio adjudicado, no por ese mismo discurso, sino por otros discursos (el de los medios masivos de comunicación que lo introducen en el circuito ideológico, por ejemplo). En cambio una norma no puede ser introducida sino en cumplimiento de otra norma, que de ese modo es quien le otorga legitimidad, "credibilidad". Y la introducción de una nueva norma, es privilegio del mismo emisor de ese discurso; no de otros, como en el caso de los economistas.

Por lo que hace a la amenaza de una sanción, toda ideología sugiere que debe producirse una cierta conducta, so pena, velada tal vez, de sufrir cierto daño. El discurso de la economía, por ejemplo, sugiere que de no producirse ciertas acciones, se seguirán ciertos perjuicios "sociales". La diferencia consiste en que en el caso del derecho la sanción es —y no siempre— explícita, y consiste en un acontecimiento desvalioso: daño en el cuerpo, perjuicio en el patrimonio o en la honra. Pero aparte de estas diferencias, no hay otras que permitan diferenciar el derecho del resto de lo que se llame "ideología".

Incorporar el derecho a la "lógica" del pensamiento de Gramsci, entonces, requiere esta doble corrección: tanto la de la visión del propio Gramsci, como la tradicional de los juristas.

1.6. *La eficacia del derecho como signo de hegemonía política.*

Todas las ideologías proponen conductas. Sin embargo no hay ninguna otra ideología que, como el derecho, las proponga describiendo expresamente las conductas requeridas para evitar la sanción. Existen otros códigos de conducta, ciertamente, como los de etiqueta, los religiosos, y algunas recopilaciones de moral. Sin embargo no tienen, o no aspiran a tener, la precisión a que aspiran —sólo aspiran— el derecho y los juristas.

Podría decirse que el índice de ventas, por ejemplo, podría ser signo de la eficacia de la propaganda comercial de un producto. Es cierto. Sin embargo no diríamos que ello es signo de *hegemonía política*. El derecho es la ideología que, como ninguna otra, puede indicar posesión, crisis o falta de hegemonía. Es la ideología que ofrece la mejor posibilidad de comprobar empíricamente su eficacia.

Ciertamente, la eficacia del derecho no es un fenómeno simple ni fácil de definir, y tampoco de comprobar. Pero éste es tema de otro lugar; de un estudio metodológico acerca del concepto y sus posibilidades de medición, tarea en la cual se ha avanzado significativamente por parte de los sociólogos del derecho. Aceptemos aquí dejarles la cuestión a ellos, y avanzar en la idea de analizar la eficacia de la ley como hegemonía política.

Aceptemos que es empíricamente comprobable —teóricamente, al menos, valga la aparente paradoja— si la conducta de los sujetos a la ley se adecua o no a la misma. Y si producir una norma constituye un acto de voluntad, cuyo sentido es *dominar*, "hacer hacer", indicar la conducta no reprimible, establecer un marco de acción, entonces lograr que tales conductas sean producidas, es tener la hegemonía, lograr "hacer hacer". Y lograr dimensionar esta eficacia de la ley sería tanto como dimensionar la hegemonía que detenta el grupo en el poder. El grado de

eficacia de su derecho sería el signo del grado de hegemonía política que posee un grupo en el poder.

La dificultad para el progreso de la *Sociología Jurídica* consiste principalmente en que ni sociólogos ni politólogos aceptan con facilidad que los hombres actúan motivado por normas. (Mientras que los juristas, por su parte, están formados en escuelas donde rara vez se enseña la *Sociología*. Los primeros piensan seguramente en cosas tan poco jurídicas como los "movimientos sociales". Sin embargo, y ésta es una observación subjetiva limitada a la observación individual, nunca he visto un "movimiento" que no tenga por objetivo lograr la producción, la derogación, la abrogación o la efectividad de una norma. Todo lo cual es objeto de una *Sociología Jurídica* dedicada a estudiar no sólo la efectividad, sino también las *causas* de las normas; esto es, los fenómenos que explican que se produzcan tales y no otros actos jurídicos.

De todos modos, se me ocurren dos ejemplos en los cuales la hegemonía política se manifiesta empíricamente. El escrutinio de una jornada electoral, si es confiable, brinda sin duda datos objetivos acerca de la hegemonía de un grupo en el poder. La adhesión a cierto partido y no a otro, no puede decirse que sea un acto jurídico, aun cuando adherir a un partido constituya un derecho; y aunque haya que aceptar que el acto de depositar una boleta en una urna sí es un acto jurídico, éste me parece uno de los pocos ejemplos que, no siendo motivo de la *Sociología Jurídica*, permite dimensionar empíricamente la *hegemonía* de las diversas fuerzas políticas. Pero tan pronto se transformara en una indagación sobre fraude, se trataría de ineficacia de la ley, que señalaría crisis de hegemonía por el recurso al fraude.

Otro ejemplo sería el de las concentraciones políticas. El hecho de asistir a un acto político, si bien constituye el ejercicio de un derecho, no es en sí mismo objeto de la *Sociología Jurídica*, y sí es un fenómeno que implica hegemonía. Usualmente se convierte en una batalla por la hegemonía entre sectores de la prensa: unos informan que el acto casi llenó el lugar, y otros que solamente tuvo un lleno parcial. Se trata de fenómenos que indican hegemonía, y que no son objeto de una *Sociología Jurídica*; pero no son tampoco fáciles de dimensionar.

A la postre, la *Sociología Jurídica* resulta una de las ciencias políticas que ofrecen mejor información sobre la hegemonía del grupo en el poder.

2. *Eficacia y hegemonía como "procesos".*

Tanto la *eficacia del derecho* como la *hegemonía* son conceptos que no pueden sino denotar *procesos*, es decir, cadenas de hechos. No tiene interés señalar con estas palabras —"eficacia" y "hegemonía"— el tipo de hechos individuales, instantáneos, completos en sí mismos, como fuera por ejemplo el hecho de firmar una orden o pronunciar un discurso. La eficacia de una norma implica el proceso que va desde su producción hasta el cumplimiento de los sucesivos actos —otras normas, órdenes, por ejemplo—, que la efectivizan, hasta llegar al *hecho* que signifique, o su obediencia —por el ciudadano al que está dirigida— o su aplicación —por el funcionario encargado finalmente de producir el *hecho* que constituye la coacción. Por su parte la hegemonía de la que habla Gramsci, se *construye*. El proceso de construcción se inicia mucho tiempo antes del ascenso al poder por parte del grupo que la consigue, y luego debe mantenerse durante todo el tiempo que pretenda ese grupo detentar el poder.

> Un grupo social puede y hasta tiene que ser dirigente ya antes de conquistar el poder gubernativo (ésta es una de las condiciones principales para la conquista del poder); luego, cuando ejerce el poder y aunque lo tenga firmemente en las manos, se hace dominante, pero tiene que seguir siendo también 'dirigente', (*Antol.* p. 486).

Se trata éste, el de "hegemonía", de un concepto relativo, puesto que puede hablarse de la disputa de la hegemonía por parte de otro grupo que intenta arribar al poder. A su vez, tiene aplicación cuando se trata de la hegemonía que un subgrupo mantiene dentro del grupo en el poder y, desde luego, se aplica a un grupo que disputa el poder al dominante.

Ambos términos, "eficacia" y "hegemonía" son relativos, en el sentido de denotar procesos, más o menos largos, pero también

en el sentido de que denotan parcialidades de procesos más generales. Trataremos más adelante de describir un proceso de hegemonía *dentro del cual* se inscriben procesos de eficacia del derecho que constituyen signos de hegemonía. Esto con el objeto de acercarnos aún más a las tareas de una *Sociología Jurídica* cuyo objeto es la *hegemonía.*

Creo que leo bien a Gramsci si entiendo la hegemonía como la posibilidad de "hacer hacer" a otros a través del consenso de éstos. Y que este *consenso* no es otra cosa que una ideología que induce las conductas queridas por la voluntad política del grupo que tiene hegemonía. Ahora bien, para ello la ideología debe convertirse en sentido común. El proceso de elaboración de la ideología hasta convertirse en "visión del mundo" o "sentido común", es complejo. No puede describirse sino para largos periodos históricos, además de que ninguna ideología nace de la nada, sino que parte de, incorpora y reelabora, visiones del mundo vigentes anteriormente. De cualquier manera, parece posible esquematizar como sigue: el "movimiento real", la "sociedad", la historia anterior, genera cierta ideología, llamémosle "popular", que Gramsci llama *filosofía*:

> Conviene, por tanto, demostrar preliminarmente que todos los hombres son 'filósofos', definiendo los límites y los caracteres de esta 'filosofía espontánea' propia de 'todo el mundo', o sea, de la filosofía contenida: 1) en el mismo lenguaje, que es un conjunto de nociones y de conceptos determinados, y no ya sólo de palabras gramaticales vacías de contenido; 2) en el sentido común y en el buen sentido; 3) en la religión popular y también, por tanto, en todo el sistema de creencias, supersticiones, opiniones, modos de ver y de obrar que desembocan en lo que generalmente se llama 'folklore', (*Antol.* p. 364)

Cada nueva clase social o simplemente "grupo", que intente acceder al poder, y mantenerlo, debe generar una capa social

—que no es una "clase"[2]—, que reelabore esa filosofía espontánea, y la convierta en una nueva visión del mundo, que incluye, obviamente, una nueva ética acorde, o que aparezca acorde, con ella. Por eso Gramsci ve la historia de la filosofía como historia política: ("puesto que el obrar es siempre un hacer político, ¿no podrá decirse que la filosofía real de cada cual está enteramente contenida en su política?" (*Antol.* p.367).

> La historia de la filosofía tal como corrientemente se entiende, o sea, como intentos de las filosofías de los filósofos, es la historia de los intentos y de las iniciativas ideológicas de una determinada clase de personas para cambiar, corregir y perfeccionar las concepciones del mundo existentes en cada época derterminada, y para modificar, por tanto, las normas de conducta coherentes con ella, (*Antol.* p. 422).

Los intelectuales, los integrantes de esta capa social, son, por tanto, en primer lugar, los filósofos. Parece que no debería considerarse entre ellos solamente a los Kant o los Hegel, sino que el concepto debería abrirse para incluir entre ellos a otros grandes forjadores del pensamiento de una sociedad. Pienso en los grandes ensayistas, los poetas y los novelistas que abren rumbos en los países. Pienso en Alberdi, Vasconcelos, García Márquez, Neruda, Martí, Darío, Vallejos.

Estos forjadores de pensamiento "educan", hoy a través de un sistema cuidadosamente organizado, a centenas de miles de otros intelectuales de distinto grado y especialización, que son los encargados de transformar esta filosofía así elaborada, en pensamiento acorde, o que aparece como acorde con ella, en campos que van desde la ciencia natural hasta la música folklórica, pasando por todas las forma específicamente normativas, como la ética y el derecho. Así se forman los burócratas que

[2] "...no existe una clase independiente de intelectuales, sino que cada grupo social tiene su propia capa de intelectuales o tiende a formársela;...". (*Antol.* p.487).

son "órganos" del estado, los profesores, los locutores de radio y televisión, los cineastas, los artistas, los actores, y hasta los curas, los policías y los militares. Y, por supuesto, los *juristas*.

Los juristas son, en tanto funcionarios de la ideología, los personajes encargados de la eficacia del derecho. Es sobre todo por la vía de la actividad de estos intelectuales. que el grupo en el poder consigue la *eficacia de su derecho* la cual, analizada científicamente, puede constituirse en *signo* de la hegemonía.

3. *Dos procesos de hegemonía.*

Sostendremos en este apartado, que, cuando menos desde el punto de vista de la *Sociología Jurídica*, es necesario corregir la dicotomía—simetría gramsciana entre

sociedad civil = hegemonía, consenso
estado = dominación, dictadura

Ello dará ocasión de dividir, teóricamente, los procesos de hegemonía en dos líneas, que llamaremos *Proceso Estatal de Hegemonía* (PEH) y *Proceso Civil de Hegemonía* (PCH).

3.1. *Sociedad civil y estado, hegemonía y dominación*

Gramsci es muy poco preciso en este tema, aun cuando es una de las claves de su pensamiento. El dice que la diferencia tradicional entre sociedad civil y estado, es una diferencia *en el interior* de la superestructura:

> Por ahora es posible fijar dos grandes 'planos' sobreestructurales; el que pude llamarse de la 'sociedad civil' o sea del conjunto de los organismos vulgarmente llamados 'privados' y el de la 'sociedad política o estado', (*Antol.* p. 394).

Tiene sensatez decir que son "organismos" los que constituyen la sociedad civil, si ésta es "superestructura", puesto que los

"organismos" no pueden ser sino conjuntos de normas. Esto porque en la tradición marxista "superestructura" denota algo que no son "cosas", "hechos" o procesos económicos, como el intercambio, por ejemplo.

Sin embargo, no resulta del todo claro que ciertos organismos privados sean superestructura cuando al mismo tiempo constituyen una empresa capitalista, como las de televisión por ejemplo. Está claro que generan y transmiten ideología; también que son "organismos", conjuntos de normas, una sociedad anónima, por ejemplo. Pero al mismo tiempo están dentro del circuito del capital; esto es, producen cierta mercancía según la lógica del capital. Y desde este punto de vista no encuentro en qué se diferencian de otra sociedad anónima que produce pintura en aerosol. Y siguiendo en esta lína, no veo porqué la reunión del directorio de una fábrica de automóviles no es un acto de la sociedad civil", si este concepto denota todo acto de producción, circulación y recepción de ideología. ¿Acaso no es ideología capitalista en acto el conjunto de discursos emitidos por los miembros del directorio en una sesión de ese organismo en el que se discuten "políticas" de ventas?

Por lo demás, ¿qué diferencia hay entre sociedad civil y estado cuando se trata de organismos de "economía mixta" o, por ejemplo, cuando se trata de escuelas privadas a las cuales el estado controla y subvenciona, incluso pagando a veces el salario de los maestros?

Como se ve, la utilización científica de categorías gramscianas requiere una elaboración más prolija. Pero para nuestro objetivo, podemos limitarnos a la siguiente observación. Según Gramsci, la sociedad civil cumple la función de hegemonía y el estado la de dominación o dictadura. En la cita anterior, los organismos de la sociedad civil y el del estado

> corresponden, respectivamente, a la función de 'hegemonía' que el grupo dominante ejerce en toda la sociedad y a la de 'dominio directo' o de mando que se expresa en el estado y en el gobierno 'jurídico', (*Antol.* p. 394. Cfr.: *Antol.*, pp. 313, 316, 398, 406, 486, todos textos donde se establece esta diferencia entre hegemonía y dominación).

Nótese otra vez cómo para Gramsci lo jurídico es visto sólo como represión, o, como dice aquí, como "dominio" que es opuesto a hegemonía y consenso. El error de no ver el derecho también como positividad, como promotor de conductas y de verlo sólo como coacción, es lo que impide ver la función de hegemonía del derecho. De la misma manera, ello impide ver, a su vez, que la dominación, la fuerza, no puede ejercerse sin la hegemonía en el aparato estatal: para ejercer la violencia, es necesario el consenso de los órganos subalternos del estado. La historia reciente de América Latina ofrece ejemplos de imposibilidad de ejercer el dominio por falta de hegemonía en el interior de lo que Gramsci llama "sociedad política". En la semana santa de 1987 un pequeño grupo de oficiales del ejército argentino, un poco más fascistas que los otros, se alzó contra el gobierno exigiendo amnistía para los torturadores de la dictadura 76-83. El presidente, jurídicamente jefe del ejército, y por tanto del aparato de dominación según Gramsci, impartió orden de reducir a los facciosos. La orden —una norma jurídica, según Kelsen— fue recibida por el segundo en el escalón militar, el jefe del estado mayor del ejército, quien a su vez la retransmitió a sus subalternos. El resultado fue que el presidente tuvo que apresurarse a enviar una ley de amnistía al Congreso, que luego, por más presiones, el propio Congreso amplió —de "obediencia debida" se llamó esta ley, por uno de esos notables eufemismos de que son capaces los juristas—, para evitar, según el presidente, "males mayores". Todo esto porque los subalternos se negaron a cumplir la orden sin que, desde luego, se aplicara contra ellos ninguna de las terribles sanciones previstas para los militares que se niegan a obedecer a sus superiores. Es decir, ni el presidente ni el jefe del ejército —que desde luego "renunció"—, tenían *hegemonía* sobre quienes verdaderamente detentan la fuerza que, finalmente, no son los jefes. Ello no impidió, por cierto, que el presidente y su partido ejercieran la hegemonía que sí tenían en otro sector de la "sociedad política", como es el Congreso, puesto que consiguieron, esta vez sí en muy pocas horas, hacer aprobar la ley según la cual quedaba establecido, "sin admitir prueba en contrario", que los acusados de tortura no habían torturado a nadie.

El segundo ejemplo lo ofrecieron el general Noriega y el presidente Delvalle cuando éste "destituyó" a su "subalterno" y como consecuencia perdió la "primera" magistratura que hasta ese momento parecía que detentaba, puesto que no ejercía la *hegemonía* en el sector del estado denominado "guardia nacional". Afortunadamente no hay que insistir más, dada la numerosa cantidad de veces que la actuación de los generales nos ha provisto de ejemplos acerca de que para ejercer la represión es necesario hegemonizar los cuerpos armados. Nos han enseñado que ningún golpe de estado sería propinado por ningún militar si no fuesen dos cosas: que el gobierno constitucional pierde la hegemonía fuera, pero también *dentro* del aparato estatal, y que los generales consiguen —a veces luego de sus buenos trabajos— la hegemonía entre los coroneles.

Todo esto indica que la simetría

hegemonía— consenso — sociedad civil
dominio — coerción — sociedad política

es, cuando menos, relativa. En todo caso, no ofrece más que un esquema de limitados alcances analíticos. Por tanto, debe ser corregida. Conviene hablar en otros términos. Para lo que aquí nos interesa, hablaremos de obediencia y aplicación de normas, sin ignorar por ello que el término "hegemonía" denota otras realidades políticas, además de la producción y la eficacia de normas.

3.2. *Obediencia y aplicación de normas*

Según Kelsen, existen normas primarias y secundarias.

> ...Se presupone que cada norma jurídica general sea la ligazón de dos normas, de las cuales una establece como debida una cierta conducta y la otra pone como debido la producción de un acto condicional de coacción por parte de un órgano judicial para el caso de violación de esta norma, (*TGN*, p. 68).

Cambiando el uso que anteriormente había hecho de estas palabras, Kelsen llama

> ...a la segunda norma como primaria, a la primera como norma jurídica secundaria, (*idem*).

Esto, porque Kelsen piensa que el elemento central del derecho es la amenaza; por tanto, la parte que amenaza debe ser designada como "primaria".

De la misma manera, dice que

> Los destinatarios inmediatos de las normas jurídicas generales hipotéticas son, por consiguiente, los individuos autorizados y posiblemente también obligados a ordenar o ejecutar los actos de coacción que *in concreto* actúan como sanciones, (*TGN*, p. 64).

mientras que

> Los destinatarios mediatos de las normas jurídicas generales sólo son los individuos cuya conducta es la condición de los actos de coacción estatuídos en esas normas, (*idem*).

En estos textos, Kelsen, como todos los juristas, parece tener en mente dos personajes centrales del orden jurídico: el poder legislativo y los jueces. El primero establece las conductas obligatorias, y los segundos imponen las penas establecidas en caso de que se produzcan las conductas contrarias. Sin embargo, el orden jurídico presenta a muchos otros personajes en acción. En realidad lo que un juez hace, en derecho civil por ejemplo, es solamente "declarar" que *X* tiene mejor derecho que *Y*, y, por tanto, "condenar a éste" a hacer o no hacer algo. Pero luego es necesario un complicado proceso de "ejecución de sentencia", al final del cual, tal vez mucho tiempo después, el juez ordenará al oficial de justicia que proceda a concurrir al domicilio de *Y*, y lo "obligue", haciendo uso de la fuerza pública si fuese necesario —como suelen rezar este tipo de oficios—, a hacer aquello a que fue condenado (supongamos que sea desalojar el inmueble que habita). Pero, como el oficial de justicia es un personaje desarmado, debe recurrir a un policía —o a varios— para que lo acompa-

ñe; y luego, el oficial de justicia ordenará a *Y* salir y sacar sus pertenencias. Si no lo hace, entonces ordenará —otra norma— al policía ingresar por la fuerza al inmueble y sacar, por la fuerza, al condenado. Estoy seguro de que muy pocos abogados han visto un procedimiento semejante. Lo normal es que el desalojo se produzca "voluntariamente", luego de que la última orden ha sido producida por el juez. Si esto es así *aplicar la sanción*, en el sentido de producir un hecho empíricamente comprobable, es un fenómeno de rara ocurrencia tratándose de derecho civil. De modo que "aplicar la ley", en este sector jurídico, quiere decir más bien producir normas cada vez más individualizadas, más que ejercer la fuerza. (Desde luego no debemos dejar de lado el hecho de que la *amenaza* de la fuerza está siempre presente).

Y si pensamos, como no acostumbran a hacerlo los juristas cuando hablan de "aplicación" de normas, en el derecho administrativo, la cuestión es aún más complicada —o menos clara. Porque aquí se trata de una cascada de órdenes que baja, escalón por escalón, por toda la jerarquía burocrática. De modo que "aplicación de la ley" puede estar constituida por el hecho de que el empleado de correos perciba el dinero que nos indica como precio de la correspondencia que le presentamos. Esto es, "aplicación" puede que no tenga la apariencia, ni lejana, del uso de la fuerza. Se puede dar miles de ejemplos en los cuales el "gobierno jurídico", como dice Gramsci —sin que sea claro qué sería un gobierno "no" jurídico—, procede sin visos de fuerza, con acciones que difícilmente podrían ser calificadas de "dominación" por oposición a "consenso", que aparecen como conceptos simétricos a los de "por la fuerza" y "voluntariamente". Por ejemplo, todos los procedimientos propios del derecho económico. (Pensemos en aduanas, patentes, bancos, instrumentos de la "sociedad política" que, nada menos, conducen los procesos económicos de un país sin necesidad de "ejercer la fuerza").

La dicotomía obediencia-aplicación de la ley tiene, además, otro problema: todo acto de aplicación de normas por un juez o funcionario, puede ser visto como *obediencia* de la norma que le obliga a producir la nueva norma —"aplicación".

De allí que ninguna de las dos parejas de conceptos

hegemonía — dominación
obediencia — aplicación

resulte completamente aceptable para hablar de ejercicio del poder, en el sentido de "hacer hacer" o determinar la conducta de otro.

3.3. *Proceso estatal de hegemonía y proceso civil de hegemonía*

Propongo hablar de *procesos de hegemonía*, con lo cual quiero denotar hechos, empíricamente comprobables, al menos teóricamente, que pueden ser vistos como conductas determinadas por "otro". Este "otro" es quien ejerce el poder, quienquiera que sea, y que por el momento puede quedar oculto bajo el nombre de *grupo en el poder*. La utilización de la palabra "proceso" permite lo siguiente:

3.3.1.que lo que se denomina "ejercicio del poder", no sea un acto de los del tipo "único e irrepetible", ni aún en el caso de los soberanos absolutos, los caudillos o los jefes de comunidades pequeñas o "tribus". Esto, precisamente porque nadie, personalmente y por sí sólo, detenta toda la fuerza necesaria para hacerse obedecer.

3.3.2.que "ejercicio del poder" no denote sino un "conjunto" muy amplio de acciones. (De allí el éxito de la palabra "hegemonía" en el léxico político actual: porque a diferencia del acto de la "orden", convierte al poder en algo más que una "cosa"; porque lo diluye convenientemente, porque permite incluir la voluntad del dominado).

3.3.3.que el *sujeto del poder*, quien lo ejerce, no sea inmediatamente identificado con un individuo. El ejercicio del poder consiste en un conjunto de conductas producidas por un grupo de actores.

3.3.4. que lo que hace de varias conductas un "conjunto" y de varios actores un "grupo", depende del analista. De la misma manera que una "cadena causal" en una ciencia natural constituye una elección del científico.

La hegemonía, por tanto, diremos que se ejerce en *procesos*, que son, finalmente, el objeto científico de la *Sociología Política* y la *Sociología Jurídica*.

Ahora bien, cuando menos desde el punto de vista de la *Sociología Jurídica*, puede distinguirse con provecho entre las conductas de los *órganos del estado* y las de los *ciudadanos*. Llamaremos *procesos estatales de hegemonía* (PEH) a conjuntos de conductas producidas por órganos del estado. Lo que hará de varias conductas un proceso —"conjunto"— de hegemonía, será el hecho de que el investigador las interprete —ahora sí— como "obediencia" o "aplicación" de la norma —o grupo de normas—, cuya eficacia decide investigar. Y llamaremos *procesos civiles de hegemonía* (PCH), a los conjuntos de conductas producidas por ciudadanos, entendiendo por éstos a quienes no son órganos estatales. Lo que hará de varias conductas un proceso de hegemonía, será el hecho de que el investigador las interprete como cumplimiento —o incumplimiento— de las normas —o grupo de normas— cuya eficacia decide investigar.

Por *órgano del estado*, entenderemos las conductas de ciertos individuos, que, en virtud de una norma, pueden ser imputadas al estado, como unidad del orden jurídico.[3]

Tal vez convenga repetir que no propongo reducir hegemonía a eficacia. Podrían encontrarse *PEH* que no puedan estudiarse como procesos de eficacia de normas. Lo mismo para los *PCH*. En este trabajo me refiero a los procesos de eficacia del derecho como *signos* de procesos de hegemonía. Pero no digo que sea el *único* signo. Sí digo, en cambio, que la eficacia del derecho es *siempre* signo de hegemonía. Por ello, agrego, la *Sociología*

[3] Creo que así interpreto bien el concepto kelseniano de *órgano*, que me parece que es perfectamente utilizable en el marco de las propuestas gramscianas. Cfr. *TPD*. pp. 161, 264, 289, 298, 299, 296.

Jurídica es una de las ciencias políticas, con la ventaja, creo, de que ofrece mejores posibilidades de acceso a la hegemonía, que otras disciplinas dedicadas al estudio de "lo político". Esta concepción de esta ciencia es posible por una colaboración entre las propuestas kelsenianas y las gramscianas.

4. *Validez y eficacia de un sistema jurídico*

La relación que establece Kelsen entre *validez* y *eficacia* del derecho, obliga a detenerse en la cuestión, aún cuando el tema sea sólo el de la eficacia del derecho como signo de la hegemonía.

4.1. *Validez como dirección y eficacia como hegemonía*

Kelsen repite incansablemente que validez de una norma es su específica forma de existencia, que decir que una norma vale, es decir que la misma existe; que ha sido producida por alguien autorizado a hacerlo y conforme al procedimiento previsto en otra norma que, por eso, es "superior".

> Para valer, una norma precisa ser establecida. Si ella no es establecida, no vale; y sólo vale si es establecida; si no vale, lo establecido no es una norma. Pues la validez de una norma es...su específica existencia. No la existencia de un hecho del ser, sino la existencia de un sentido (o del contenido de sentido), del sentido de un hecho, del acto real de establecimiento. La existencia de un sentido constituye una existencia 'ideal' y no 'real', (*TGN*, p. 215/6, c. 44, II).

La validez es la existencia "específica" de una norma. La peculiar —específica— manera de ser norma. Su *esencia*. No es un hecho, sino un *sentido*, que es una existencia ideal. Este sentido es el *dominio*. Es decir, la *intención* de dominar a otro, esto es, de *ejercer el poder*. Como dice también Weber:

> Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia ... Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia.[4]

Es decir, producir una norma es un intento de ejercer el poder, de dominar a otro. Si este acto está autorizado por otra norma, dice Kelsen, estamos frente a una norma "válida". (Simplemente ante una norma, pues sólo hay validez si hay una norma: norma válida es un pleonasmo. (Cfr. *TGN* p. 216, cap. 44, II). Está claro que el intento tiene éxito si efectivamente el otro hace lo que se le indica que debe hacer. Esto es la *eficacia*. Podemos decir que habiendo eficacia de las normas, estamos frente a un fenómeno de hegemonía. Pero si sólo atendemos a las conductas producidas, ¿cómo sabremos que hay hegemonía? ¿Cómo sabremos, como no sea comparando las conductas con las normas, que tales conductas son "obediencia", respuesta positiva al acto de "dirección" emanado del grupo en el poder?

El concepto de *validez* nos permite saber si existe algún hecho que, dando existencia a una norma, constituye un intento de ejercer el poder. Sin el concepto de *validez* no tenemos ningún dato que nos permita luego hablar de hegemonía. Podemos analizar las conductas, pero no sabemos si responden o no a normas. Podemos decir que normalmente, en cierta sociedad, los individuos se comportan de cierta manera; y podemos formular la hipótesis de que en tal sociedad existen normas que ordenan tales conductas, normas cuya existencia quedaría probada con la existencia de ellas. Posiblemente un estudio antropológico de una sociedad desconocida deba conformarse con tal respuesta. Pero un estudio sociológico, de una sociedad con derecho escrito, no tiene valor científico si el análisis de las conductas reales no se realiza teniendo en cuenta si las mismas constituyen o no cumpli-

[4] Weber, M., *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 43.

miento de normas, lo que indicará si el grupo en el poder mantiene o no su hegemonía.

Pero si *validez* significa producción de derecho, si derecho no es otra cosa que indicación de lo recto, de lo que debe hacerse, entonces *validez*, en Kelsen, coincide con *dirección* en Gramsci. Bien visto, hegemonía no es sinónimo de dirección, sino de la *efectividad* de la dirección. Validez es a dirección como eficacia es a hegemonía. Como se ve, la lectura de Kelsen puede proporcionar precisión a la lectura de Gramsci.

4.2. *Cadena de validez y hegemonía*

La validez de una norma depende siempre de otra norma.

> Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su cotenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, (*TPD*, p. 205).

Esta "manera" está determinada por otra norma. Y así sucesivamente hasta llegar a una norma fundante básica. Hay algo así como una cadena de validez, que eslabona una norma con otra superior, hasta llegar a un límite. Kelsen repite esto hasta el cansancio. Se trata de la diferencia entre una norma producida por el poder legislastivo, y las normas que dicta, por ejemplo, una organización guerrillera, o un caudillo local. ¿Por qué la primera es válida y la segunda no? Y, ¿cuándo deja de ser válida la primera para comenzar a ser válida la segunda, si tenemos en cuenta fenómenos como, por ejemplo, el de la revolución mexicana?

Kelsen dice claramente que la norma inferior no se deduce de la superior. Y esto lo reafirma tozudamente en la *Teoría General de las Normas*, obra póstuma que, como vimos, le ha valido el calificativo de "irracionalista". Esto es coincidente con su concepto de la interpretación del derecho: lo que el órgano de aplicación realiza, sea un funcionario o sea un juez, es un *acto político de creación de derecho*; no es un silogismo. Lo que los

"científicos" del derecho quieren hacernos creer con eso de que una sentencia o una resolución de un burócrata es "aplicación" de la ley, en el sentido de que es una decisión "racional" , "lógica", es que el poder es racional; que su ejercicio es "lógico", es decir, *legítimo*, por el solo hecho de tratarse de un acto producido por quien el propio derecho indica como la persona competente, legitimada para ello.

> La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite un solo sentido, el sentido 'correcto'. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de seguridad jurídica... esta ficción... puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político... así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica, (*TPD*, p. 356).

Esta es la última página del libro que se presenta como una obra apolítica. Un final notable: no hay ninguna ciencia que pueda justificar el contenido de una norma o del sentido en que es interpretada por quien produce la norma inferior. Dicho de otro modo, cada norma inferior es "interpretación" de su superior. Pero cada interpretación es un *acto político*, una *decisión política*. Esto es lo que resulta visto desde arriba. Pero visto desde abajo, ¿cómo es entonces que cada norma obtiene su validez de una superior, si ella misma es, respecto de esa superior, una arbitrariedad? ¿Cómo es que una norma es válida si es creada conforme a cierto procedimiento y por quien es el autorizado? ¿Quién dice que el procedimiento era el autorizado y el órgano el indicado, si al mismo tiempo decimos que la interpretación es un acto político arbitrario?

Si una norma es válida porque es producida conforme con otra, y si producir esa norma es un acto arbitrario, no incluído lógicamente en la norma superior, ¿cómo sabemos que la norma producida lo es "conforme" con aquélla? Si hubiera inferencia lógica, podría decirse que un análisis lógico nos entregaría una

respuesta certera. Pero como no hay tal conexión lógica, si la relación entre una norma superior y una inferior es más bien una no-conexión, entonces nunca puede haber una respuesta "verdadera" a la pregunta sobre si la norma inferior es o no "conforme" con la superior.

En suma, el propio orden jurídico proporciona procedimientos para atacar normas, en las apelaciones y las reconsideraciones. Pero finalmente el derecho debe cerrar en algún momento el camino de la "sospecha" de arbitrariedad, con el pronunciamiento de un órgano "supremo" que dice la "cosa juzgada". Pero Kelsen denuncia esto como otra aribitrariedad:

> ...cuando una sentencia de última instancia adquiere fuerza de cosa juzgada según el derecho válido, nada puede impedir que adquiera validez una norma individual cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma jurídica genera, (*TPD* p. 277; véase *ibidem*. p. 275).

Entonces, ¿cuál es la solución? No encuentro un texto kelseniano que responda a esta pregunta sobre los eslabones intermedios de la cadena de validez. Kelsen parece desinteresarse de estos puntos intermedios, para llegar enseguida hasta la norma fundante —*Grundnorm*—, de la cual dice, expresamente, y en decenas de oportunidades, que vale simplemente porque es considerada válida. Pero esto mismo puede decirse de cada una de las normas intermedias: la validez de una norma reposa en la validez de una superior. Pero que "repose" o "se funde" en esa norma superior, es *una cuestión de hecho*. Que el órgano actuante sea el autorizado y que el procedimiento sea el correcto, es una apreciación que "alguien" hace. Ese "alguien" puede ser el órgano superior; pero también el órgano inferior y los ciudadanos comunes. Sospecho que el 99% de los ciudadanos desconoce el nombramiento de los jueces y funcionarios, y las normas procesales según las cuales éstos deben actuar. Y sin embargo, sospecho que el 80% de los ciudadanos jamás discute las normas producidas por los funcionarios y jueces. Si esto es lo que sucede en un

país, entonces el grupo en el poder mantiene su hegemonía. Lo que sucede en este caso es que cada norma es *eficaz* porque se cumple. Es decir, su *validez* —intención de dominar, de "dirigir"— consigue el objetivo, que era dirigirse a la realidad —la conducta de los hombres— para determinarla. Visto como cadena de validez, lo que sucede es que los sujetos al orden jurídico aceptan que las normas son válidas, es decir, que han sido producidas conforme a las normas superiores. (Y eso puede ser así aunque tales sujetos no deseen sujetarse a tal orden; la hegemonía comienza a perderse cuando se acepta a regañadientes; pero se conserva hasta el último momento en que ya no hay quien se deje "dirigir").

Entonces, ¿por qué son válidas las normas que dictan los diputados y no los guerrilleros. En definitiva por una única razón: porque los guerrillero aún no han logrado convencer a la suficiente cantidad de individuos, de que son ellos, y no los diputados, quienes establecen las normas válidas. (Entre quienes tienen que convencer, o suprimir, claro, están quienes tienen las armas que amenazan eficazmente a quienes no están muy convencidos).

Finalmente, también la validez es un fenómeno de consenso. Aceptamos, o no, que las normas son dictadas conforme con el procedimiento y por el órgano autorizado. Nosotros mismos "autorizamos" al aceptar y obedecer. La aceptación de la validez es lo mismo que la eficacia: signo de hegemonía. Esto aparece en Kelsen como la cuestión de la eficacia como condición de la validez. En definitiva, las normas son válidas porque son eficaces. Dice, también decenas de veces, que las normas son consideradas válidas cuando son eficaces. "Son consideradas". ¿Quién las "considera"?

4.3. *El sujeto del enunciado de validez*

Para enunciar la validez de una norma, es necesario aceptar que la misma es eficaz "en un cierto grado". Se establece así un puente entre eficacia y validez, entre hecho y deber, puente que es tendido por el propio sujeto que produce el enunciado que da cuenta de la validez de una norma. De modo que ambos proble-

mas, el de la validez y el de la eficacia, el deber y el hecho, deben ser tratados en conjunto si de una metodología de la *Sociología Jurídica* se trata.

Ahora bien; cada vez que Kelsen se refiere a esta dependencia de la validez respecto de la eficacia, utiliza una expresión impersonal. Por ejemplo:

> La eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada, son, junto con el acto de instauración normativa, condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico, como un todo, y una norma jurídica aislada,

y aquí lo que quiero señalar

> no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz, (*TPD*, p. 223).

"No es considerada ya válida" ¿Quién es el sujeto de esta oración? La utilización de la voz pasiva o la forma impersonal, permite continuar sin que el enunciado pierda sentido, a pesar de que no hay un sujeto. Kelsen usa este recurso literario infinidad de veces, dejando abierta la cuestión, al igual que cuando utiliza las expresiones "hasta cierto grado" o "a grandes rasgos". Dice que una norma, para ser válida, debe ser eficaz cuando menos hasta cierto grado, y que un sistema es eficaz cuando sus normas son eficaces a grandes rasgos. Se trata del mismo asunto: ¿quién es el que "considera" que una norma ineficaz no es válida? ¿Quién juzga el "grado" y el tamaño del "rasgo"?

Desde luego, no es que falte la respuesta en el pensamiento de Kelsen. Pero cualquiera que fuese, se trata de una cuestión fáctica, histórica, *política*. De ninguna manera es una cuestión formal que pueda resolverse por métodos lógicos. De nuevo Kelsen cruza al carril de la "naturaleza" como él dice. De nuevo aquí la Jurisprudencia depende de la *Sociología*. Pero, agregaremos, la *Sociología* en tanto ciencia, desde el punto de vista externo, diría si ciertas normas son o no efectivas y en qué grado. Pero la razón de que lo sean es una cuestion política: si se

cumplen o se aplican por la fuerza, será porque "alguien" tiene el poder. ¿Quién es este "alguien"? La pregunta por el sujeto del enunciado de validez, se contesta en la teoría de la norma fundante. Al final, el sujeto del enunciado de validez somos todos; todos los que aceptamos al cumplir, la validez de las normas y la legitimidad de la autoridad que las produce. Con ayuda de los juristas, como veremos. Es el problema de la hegemonía que se consigue a través de la ideología, unos de cuyos principales funcionarios, son los juristas.

5. *La norma fundante*

> ...la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando —en última instancia— el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas, (*TPD*, p. 206).

Nuevamente el recurso a la forma impersonal: "es presupuesta", "son interpretados", "son vistos". "Es presupuesta" la norma básica; ciertos hechos constituyentes "son interpretados"; el individuo o los individuos —"alguien"— "son vistos". Kelsen se expresa así en infinidad de oportunidades. Pero, ¿quién es el que "presupone", "interpreta" o "ve"? En alguna parte lo dice:

> La pregunta: ¿quién presupone la norma fundante básica?, es contestada por la Teoría Pura del Derecho: quienquiera que interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir como normas objetivamente válidas. Esta interpretación es

> una función del conocimiento, no una función volitiva, (*TPD*, p. 213, en la nota 122).[5]

El "quienquiera" no permite avanzar mucho. Aunque luego aclara que se trata de una función del conocimiento, que permite creer que son los científicos del derecho los sujetos de todas estas oraciones en forma impersonal, y así parece ser interpretado por autorizados estudios del pensamiento de Kelsen.

> ...una norma es válida en cuanto cuenta con un fundamento suficiente de validez, al derivar dinámicamente de otras normas del ordenamiento. Y ello significa, para el Kelsen que culmina en RR², que la cadena de validez puede consistentemente remontarse a una *Grundnorm* aceptada por la jurisprudencia teórica dominante (o una regla de reconocimiento vigente, según otra versión corriente de positivismo).[6]

En un sentido similar:

> Pienso que el principio ordenador de una pluralidad de normas lo proporciona la jurisprudencia, la ciencia del derecho. Este principio es un criterio teórico explicativo, sistematizador ... Este principio, indudablemente, es proporcionado por la ciencia del derecho, que constituye su objeto como un conjunto ordenado de normas. Por tanto, es este principio una hipótesis fundamental de la jurispruden-

[5] Esta interpretación "debería" cumplir una función solamente cognitiva. Pero en los hechos, la pseudo ciencia jurídica que Kelsen critica, hace funcionar esa interpretación como prescriptiva y justificadora del poder.

[6] Vernengo, Roberto J., "Validez y verdad en la *Teoría General de las normas*, de Hans Kelsen", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, número 25, Granada 1985, p. 16.

cia, no del derecho. Este es objeto de aquélla y como tal, como materia a explicar, no tiene ningún supuesto o hipótesis...[7]

El problema fue suscitado por las transformaciones que en el propio Kelsen fue adquiriendo el concepto de *Grundnorm*. Él mismo dice (*TPD*, p. 213, en la citada nota 122) en esta segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, que ha cambiado de opinión, que ya no sostiene que se trata de una norma impuesta, sino de una norma *supuesta*. Pensada, no "querida".

Más adelante, en 1963, sostuvo lo siguiente

...he presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. (Hasta aquí, parece referirse a *TPD* 1960). Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella... He renunciado a ella en el conocimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer. Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe.[8]

En un texto de 1964, Kelsen es más explícito. Su razonamiento me parece que es ahora el siguiente: frente a lo que he dicho en 1960, en el sentido de que la *Grundnorm* es presupuesta por el pensamiento jurídico, puede oponerse lo que yo he argu-

[7] Schmill, Ulises, "La pureza del método en la teoría kelseniana", en Schmill, Ulises y Roberto J. Vernengo, Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho, México, UNAM, 1984, p. 38.

[8] Se trata de la intervención de Kelsen en una mesa redonda, al parecer de 1963, cuya versión tomo de U.Schmill, ob. cit., p.36.

una función del conocimiento, no una función volitiva, (*TPD*, p. 213, en la nota 122).[5]

El "quienquiera" no permite avanzar mucho. Aunque luego aclara que se trata de una función del conocimiento, que permite creer que son los científicos del derecho los sujetos de todas estas oraciones en forma impersonal, y así parece ser interpretado por autorizados estudios del pensamiento de Kelsen.

...una norma es válida en cuanto cuenta con un fundamento suficiente de validez, al derivar dinámicamente de otras normas del ordenamiento. Y ello significa, para el Kelsen que culmina en RR^2, que la cadena de validez puede consistentemente remontarse a una *Grundnorm* aceptada por la jurisprudencia teórica dominante (o una regla de reconocimiento vigente, según otra versión corriente de positivismo).[6]

En un sentido similar:

Pienso que el principio ordenador de una pluralidad de normas lo proporciona la jurisprudencia, la ciencia del derecho. Este principio es un criterio teórico explicativo, sistematizador ... Este principio, indudablemente, es proporcionado por la ciencia del derecho, que constituye su objeto como un conjunto ordenado de normas. Por tanto, es este principio una hipótesis fundamental de la jurispruden-

[5] Esta interpretación "debería" cumplir una función solamente cognitiva. Pero en los hechos, la pseudo ciencia jurídica que Kelsen critica, hace funcionar esa interpretación como prescriptiva y justificadora del poder.

[6] Vernengo, Roberto J., "Validez y verdad en la *Teoría General de las normas*, de Hans Kelsen", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, número 25, Granada 1985, p. 16.

> cia, no del derecho. Este es objeto de aquélla y como tal, como materia a explicar, no tiene ningún supuesto o hipótesis...[7]

El problema fue suscitado por las transformaciones que en el propio Kelsen fue adquiriendo el concepto de *Grundnorm*. Él mismo dice (*TPD*, p. 213, en la citada nota 122) en esta segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, que ha cambiado de opinión, que ya no sostiene que se trata de una norma impuesta, sino de una norma *supuesta*. Pensada, no "querida".

Más adelante, en 1963, sostuvo lo siguiente

> ...he presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. (Hasta aquí, parece referirse a *TPD* 1960). Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella... He renunciado a ella en el conocimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer. Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe.[8]

En un texto de 1964, Kelsen es más explícito. Su razonamiento me parece que es ahora el siguiente: frente a lo que he dicho en 1960, en el sentido de que la *Grundnorm* es presupuesta por el pensamiento jurídico, puede oponerse lo que yo he argu-

[7] Schmill, Ulises, "La pureza del método en la teoría kelseniana", en Schmill, Ulises y Roberto J. Vernengo, Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho, México, UNAM, 1984, p. 38.

[8] Se trata de la intervención de Kelsen en una mesa redonda, al parecer de 1963, cuya versión tomo de U.Schmill, ob. cit., p.36.

mentado en aquella mesa redonda, o sea que una norma es únicamente el sentido de un acto de voluntad y jamás de un acto de pensamiento. O sea que un *deber* es siempre el correlato de un *querer*. Sin embargo, por otras razones, no quiero dejar de sostener la existencia de una *norma* básica. Para poder sostenerlo, es necesario aceptar que hay aquí una *ficción*: hay que fingir una autoridad, con una voluntad fingida, de la cual brota una norma. Así interpreto el siguiente texto en conexión con los anteriores:

> En contra de la suposición de una norma establecida por un acto real de voluntad sino presupuesta solamente en el pensamieto jurídico (es la posición de *TPD*, 1960, O.C.), se puede hacer valer, que una norma puede constituir únicamente el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; que existe una correlación esencial entre deber (*sollen*) y querer (*wollen*). (Es lo que había dicho, contra sí mismo, en aquella mesa redonda, O.C.). Se puede hacer frente a esa objeción ("hacer frente", vale decir, sostenerse en que sí hay una norma básica. O.C.) solamente reconociendo que junto a la norma básica pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad —fingido— encuentra su sentido en la norma básica".[9]

Con poco que se mire, es en realidad lo mismo que había dicho en la mesa redonda con expresiones como éstas: "es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere". "Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe". "Un deber tiene que ser el correlato de un querer". En realidad, cuando en esa mesa redonda Kelsen estaba "renunciando" a su *Grundnorm*, me atrevo a creer, a diferencia de los autores citados anteriormente, no era para reducirla a un supuesto científico. Sino para llegar aún más lejos en la "metafísica": para decir que el hombre finge un poder, una voluntad que no existe; finge que lo que la autoridad *quiere*,

[9] Kelsen, H., "La función de la Constitución", en *Derecho y Psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachette, 1987, p. 86.

además *debe* hacerse. A la zaga de este texto sin desperdicio, mientras algunos purifican más y más la teoría, Kelsen regresa a *Dios y Estado*:

> Con ello, la norma básica se torna en genuina ficción en el sentido de la filosofía del 'como si' de Vaihinger. Una ficción se caracteriza por el hecho de que no solamente se contradice con la realidad sino que además es contradictoria consigo misma. Pues la suposición de una norma básica —como por ejemplo la norma básica de un orden religioso moral 'deben ser obedecidos los mandamientos divinos'... —contradice no sólo la realidad, ya que no existe una norma tal como un sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es autocontradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad —por cierto que sólo fingida— situada aun por encima de esa autoridad, (*idem*).

Este texto está repetido, casi a la letra, en *TGN* (p. 328, c. 59, I, d). Resulta interesante también, advertir que el Vaihinger mencionado es un autor que no aparece en *TPD* relacionado con la *Grundnorm*, aunque sí aparece en la nota 75 en relación con el problema de la libertad de la voluntad, y sólo para refutarlo. En cambio es mencionado en el "Prólogo a la segunda edición" de *PCTJE*. La mención a este autor aparece en una sección en la que Kelsen explica cómo arribó a una mayor claridad sobre la unidad entre estado y derecho, después de haber escrito *Hautprobleme*. Parece claro que se refiere a la convicción de que el estado es sólo una personificación —una ficción, pues— del orden jurídico. Todo lo cual, como vimos, había sido comentado por Treves en 1934.

> También nos ayudó a ver claro en este camino el análisis de las ficciones personificadas realizado por Vaihinger (*Philosophie des Als—Ob*), llamándonos la atención hacia la existencia de situaciones análogas en otras ciencias. Todo esto contribuyó también a derramar nueva luz sobre la analogía, trazada ya incidentalmente en

> nuestra primera obra, entre la personificación del universo en *Dios* y la personificación del derecho en el *Estado*, así como también sobre el paralelismo entre los problemas de la *teología* y la *jurisprudencia*, apuntado ya en 1913 en nuestro estudio 'Sobre los desafueros del Estado'. Esta profundización epistemológica del problema se manifiesta en nuestro ensayo sobre 'La ciencia jurídica como ciencia normativa o como ciencia natural', en el trabajo publicado en 1919 con el título de 'Sobre la teoría de las ficciones jurídicas' y, sobre todo, en nuestro libro 'El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional, (*PCTJE*, p. L).

Adviértase que esto confirma cuán lejos está el último Kelsen de ser ese jurista dedicado a la lógica que suele presentársenos. En todo caso, puede decirse que la lógica le sirvió a Kelsen para regresar a aquellos tiempos de denuncia contra el estado y el derecho; contra *todo* estado y *todo* derecho.

La ficción consiste en que alguien autoriza a la autoridad bajo la cual se coloca, *fingiéndose* autoridad sobre esa autoridad. Se hace autoridad aunque no lo es, para dar autoridad a quien ejercerá el poder sobre él.[10]

Adelantemos: aquí hay dos fingidores. El que da autoridad a otro sobre sí mismo, y este otro que se aprovecha. Y puede haber un tercero: el que, "científicamente", justifica al que se aprovecha.

[10] Resulta imposible no recordar aquí el fetichismo de la mercancía del Marx de *El Capital*. Las mercancías lo son no por su forma natural, sino porque son producidas en una cierta relación social. No por alguna razón asentada en su materialidad, sino por el hecho de ser producidas para cambiar en una sociedad donde ha quedado dividido el trabajo. Ahora bien, dice Marx, las mercancías se aparecen ante sus creadores como teniendo la característica del valor por sí mismas, por alguna razón fincada en su materialidad; y no es así; eso es sólo apariencia; lo cierto es que el carácter de mercancías les ha sido dado por los hombres, ante quienes ahora se enfrentan desconcertándolos de tal manera que los hombres les atribuyen características, que no son propias de las mercancías puesto que ellos mismos quienes se las han dado. Lo mismo dice Kelsen del estado: es una ficción creada por los hombres, que ahora se vuelve contra ellos apareciéndoseles como una persona distinta a los hombres mismos. Ambos, la mercancía de Marx y el estado de Kelsen, son creaciones humanas vueltas contra ellos mismos, a quienes dominan.

> Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado, (*TGN*, p. 329).

Efectivamente, la imaginación puede ir más allá de lo empírico. El "material dado" es aquí el ejercicio del poder. Pero como éste no puede justificarse, hay que inventar la justificación. Esto me parece que es la perenne denuncia que, si se quiere, puede leerse en Kelsen.

> El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas ... Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción, (*idem*).

Al derecho, ejercicio del poder, no lo justifica nada. La única manera es fingir "que debe ser lo que una autoridad quiere" (1963). Y cuando la jurisprudencia, los juristas "científicos" y "puros" hacen "hipótesis", lo que hacen es justificar el poder. No confiesan, no se atreven o no quieren, que lo que hacen es una ficción

> ...que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no corresponde a la realidad, (*idem*).

O sea: la ficción implica —o debe implicar—, conciencia de la irrealidad; la hipótesis, en cambio, no implica irrealidad, sino lo contrario: es un enunciado que adelanta la realidad que el científico espera encontrar o verificar experimentalmente.

Este Kelsen es el mismo que se negó a aceptar que a las normas pudiera aplicárseles la lógica. Y sus autodenominados discípulos se vengaron de la traición del maestro, condenándolo como "irracionalista", cuando no como un decrépito anciano que "no alcanzó a comprender" los avances de la lógica, o que retrocedió a los fondos oscuros de la metafísica.

Pero retomemos la pregunta inicial: ¿quién es ese "quienquiera" que resulta el sujeto enunciador de la voz pasiva?

6. *Eficacia y reconocimiento de la norma fundante*

Antes de continuar, ¿qué tiene que ver la eficacia de la ley y la *Sociología* con el reconocimiento de la norma fundante? Es que la obediencia o la aplicación de la ley requiere, como condición, su reconocimiento como norma. O, como dice Kelsen, para obedecer o aplicar una norma es necesario interpretar el sentido subjetivo de un enunciado normativo como su sentido objetivo. Y eso no es otra cosa que reconcer, en quien produce el enunciado normativo, a una *autoridad*, esto es, a alguien a quien otra norma otorga la facultad de producir normas. Y así sucesivamente hasta llegar, en la cascada normativa, a la norma fundante, que también debe ser reconocida como tal para aceptar como norma un enunciado que se pretende tal.

De esta manera, el reconocimiento de la norma fundante es el punto central de una *Sociología Jurídica* que estudie la eficacia de un sistema a través del estudio de la eficacia de las normas que lo integran. Es el punto central puesto que una norma será efectiva si los ciudadanos la cumplen y los órganos del estado la aplican, *sin desconocer* la autoridad de quien produce las normas. Porque si las normas se cumplen sólo por temor, pero desconociendo la autoridad de la cual emanan, el caso sería muy distinto: estaríamos en los prolegómenos de una insurrección. De allí que una *Sociología Jurídica* que se limitara a verificar comportamientos sin atender al *motivo* de tales conductas, sería una pobre ciencia. Precisamente lo que quiero mostrar es que la *Sociología Jurídica*, según Kelsen, sería el estudio del grado en que, quien ejerce el poder, consigue hacerse obedecer; esto es, el alcance de su *hegemonía*.

7. *Los juristas, intelectuales orgánicos del poder*

En efecto, los juristas son los intelectuales encargados de establecer cuáles son las normas válidas. Son quienes tienen, o producen, la *iuris dictio*. Los hay en todas las sociedades conocidas. La nuestra, además, los educa cuidadosamente en escuelas especiales y, además, vigila celosamente que no aprendan nada

inconveniente y controla con esmero que nadie pueda ocupar un puesto destinado a ellos sin poseer su respectiva patente.

Estos personajes son los depositarios del saber que permite "reconocer" cuándo el sentido subjetivo de un acto de voluntad, que se quiere norma, coincide con el sentido objetivo. Kelsen comprendió perfectamente bien el rol social de estos funcionarios de la ideología, y precisamente por eso quiso una ciencia "pura". Los juristas son quienes, por saber cuáles son las normas, informan también que las conductas que ellas postulan son "debidas", pero ya no sólo en el sentido de legalmente exigibles, sino también el sentido de *legítimamente* debidas.

Lo que los juristas hacen es señalar las normas válidas "suponiendo" la norma fundante como *hipótesis*. Es lo que hace la jurisprudencia, es decir, en concreto, lo que hacen los juristas de carne y hueso puestos en científicos. Pero esto que los juristas realmente hacen, *es lo que Kelsen critica*, no lo que Kelsen postula que *deberían hacer.*[11] Es la diferencia entre lo que siempre designa como "jurisprudencia tradicional" y "ciencia jurídica".

Si los juristas se ajustaran al tipo de ciencia que Kelsen postula, deberían reconocer que la norma fundante es una *ficción*, no una "hipótesis". Saber que se trata de una ficción significa quitar toda legitimidad a todo poder. Postular que se trata de una hipótesis científica es velar, tras el prestigio de la ciencia, el hecho de que quien ejerce el poder a través de las normas *no tiene ninguna legitimación para ejercerlo que no sea...*; "que no sea", ¿la fuerza? ¿la astucia? De esto se trata precisamente:

[11] Kelsen parecía no darse cuenta, por ejemplo en la primera *TPD*, de que si por una parte quería que la ciencia jurídica no fuese apologética, por otra parte dejaba dicho lo contrario en algunos textos, que son la mejor prueba de que la ciencia que él quería es imposible. "Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación de normas jurídicas." (TPD_{1fr}) En efecto ¿cómo es posible creer que sería a—política una ciencia cuya tarea es decir que es lo que hay que hacer, puesto que no otra cosa que eso es decir cuáles normas son válidas?

¿cómo consigue, quien produce las normas, hacerse obedecer? ¿Cómo desearíamos que lo hiciera quienes queremos la democracia? Como sea que lo haga, si lo consigue, ése es su único título que ninguna ciencia puede mejorar.

¿Qué es lo que dice la norma fundante? ¿Cómo reza?

> El supuesto principio ordenador es proporcionado por la ciencia del derecho y constituye, sí, su hipótesis central; puede formularse así: 'vale como norma aquello que el primer órgano constituyente ha establecido', (*Ibidem*).

En efecto, aún en *TGN*, Kelsen utiliza la idea de que la *Grundnorm* remite a una primera constitución. Si se indaga por el sentido objetivo, por la validez de una norma establecida por un legislador —"todos los ladrones deben ser reprimidos con prisión", ejemplifica—, se debe contestar:

> ...porque ese acto está autorizado por una norma de la Constitución ... Ésta, históricamente, es la primera constitución, y si se pregunta por qué el sentido subjetivo del acto emisor de la constitución es también su sentido objetivo, esto es, por qué es una norma válida ... entonces la respuesta es: porque, como jurista, se presupone que se debe conducir como históricamente prescribe la primera constitución ... Es en la norma fundamental —de la históricamente primera constitución—, en el más profundo sentido, en que se basa el ordenamiento juridico, (*TGN*, p. 327, c. 59, I, b, *in fine*).

Esto está también, muchas veces, en *TPD*. Y parece algo así como una defensa del estado de derecho; del estado cuyas normas cambian legalmente, esto es, conforme lo establece esa primera constitución. Pero si eso parece describir una situación como la de los Estados Unidos de Norteamérica, no parece en cambio describir, por ejemplo, la de muchos estados latinoamericanos, que han tenido muchas constituciones, la mayor parte de las cuales fueron impuestas como resultado del uso de la fuerza y no como resultado de los procedimientos establecidos en la constitución anterior. En México, por ejemplo, la actual constitución surgió de un movimiento revolucionario. Pero desde luego que Kelsen tiene en cuenta esto.

> El significado de la norma fundante básica se hace especialmente claro cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales, sino que es desplazada revolucionariamente por otra ... El principio de que la norma de un orden jurídico vale ... hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico es el principio de legitimidad. Este principio, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en el caso de una revolución ... el fundamento de validez de todo el orden jurídico, se ha modificado. Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica..., (*TPD*, p. 217/8).

Obsérvese que la *Grundnorm* es como una veleta que señala a quien tiene el poder, a quien la constitución *eficaz*, sea cual fuere su origen, inviste como autoridad para dictar normas. Si los vientos revolucionarios conducen a los guerrilleros al poder, entonces la *Grundnorm* los señalará como autoridad. Si la suerte de las armas los conduce al paredón, entonces la veleta no se moverá, y quienes en caso contrario hubieran pasado al bronce, no pasarán de traidores a la patria.

> Si la revolución no triunfara... los órganos que designara no dictarían leyes que fueran efectivamente aplicadas por los órganos previstos en ellas, sino que, en este sentido, la antigua constitución permanecería en vigencia, y no habría ocasión de presuponer, en lugar de la antigua norma fundante básica, una nueva. Entonces la revolución no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición..., (*TPD*, p. 219)[12]

[12] "La razón de su validez no debe buscarse en la constitución vieja, sino en la nueva, y entre ambas no existe continuidad, ni desde el punto de vista de la primera, ni desde el ángulo visual de la segunda. Así pues, nunca es la constitución simplemente, sino todo el orden jurídico,lo que cambia a consecuencia de una revolución. Ello revela cómo todas las normas del viejo orden son privadas de su validez por el movimiento revolucionario, en forma que no concuerda con el principio de legitimadad. Y tales normas no pierden su validez únicamente *de facto* sino también *de jure*. Ningún jurista sostendría que incluso después de una revolución victoriosa la vieja constitución y las leyes fundadas en ésta permanecen con vigor... Precisamente el fenómeno de la revolución descubre con toda

Una veleta, como se ve. Nada más que ésta es una veleta, una buena parte de la dirección de la cual, corre por cuenta de los juristas. Esos encargados de formular la "hipótesis" central de la jurisprudencia tradicional, que no de la ciencia jurídica kelseniana, puesto que ésta no formularía un hipótesis sino que enunciaría una ficción.

Los textos, no siempre claros, hay que aceptarlo, de cualquier manera no pueden interpretarse en el sentido de una defensa de la ciencia jurídica tal cual se practica, ni en una legitimación del poder. Lo que la *Grundnorm* hace, es señalar como edictor de normas válidas, a quien consigue hacerse obedecer, a quien mantiene la hegemonía. Y no tiene en cambio la función de legitimar un orden retrotrayendo su validez a un constituyente histórico.

> De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del estado, (*TPD*, p. 219).

Téngase en cuenta que éste es el Kelsen de 1960, que aún no es el de 1964 que llega plenamente a la convicción de que la *Grundnorm* es una ficción, esto es, que la norma fundante *no corresponde a ninguna realidad*; que es un invento. En 1960 todavía hay textos en que dice que la *Grundnorm* señala al primer constituyente histórico. Todavía no encuentra el lector —el lector que quiera leer esto, desde luego—, la brutal claridad de 1964: la función de la *Grundnorm* es fingir que quien tiene el poder, además *debe* tenerlo. Pero los científicos que la ven como hipótesis, no saben, o hacen como que no saben, que es una ficción: creen o quieren hacer creer, que la *Grundnorm* señala el origen

claridad la significación de la norma básica. Supóngase que un grupo de individuos trata de llegar al poder por medio de la fuerza... Si tiene éxito, y el viejo orden deja de existir y el nuevo comienza a ser eficaz... entonces dicho orden es considerado como válido... Si los revolucionarios fracasan y el orden que trataban de establecer permanece ineficaz, su empresa ya no es interpretada como un acto... creador de derecho,... sino como acto ilegal... (*TGDE*, p. 138).

legítimo del poder —un primer legislador. Pero no es así: el Kelsen de 1964 dice que la *Grundnorm* es una ficción que señala a quien tiene el poder como a quien hay que obedecer; pero que siendo tal ficción, se aparece como si no lo fuera; como si fuera "ciencia". Lo que él, Kelsen, hace, es la *crítica* de esta ciencia. Kelsen es, verdaderamente, el fundador de la *crítica jurídica.*

En 1960, Kelsen aún está buscando la "esencia" de la *Grundnorm*. Todavía habla de "presupuesto lógico-trascendental", de norma "pensada" por la ciencia aunque ya vimos que tomando distancia respecto de Kant. Es claro que podemos, si queremos, quedarnos con este Kelsen, y decir que el otro, el de 1964, navegaba ya en los vericuetos de la senilidad...

En 1960, Kelsen dice:

> ...la ciencia jurídica no se arroga, al establecer la norma básica, una autoridad normadora. No prescribe ella que deben obedecerse las órdenes del constituyente. Permanece siendo conocimiento..., (*TPD*, p. 212).

Pero hay aquí un equívoco uso de la palabra "ciencia". Kelsen habla de la ciencia que él preconiza; es ésta, la suya, la que no establece una autoridad normadora. Porque, como lo verá más claro en 1964, es una ciencia —nosotros decimos que es *crítica* de una ciencia— que *sabe* que la *Grundnorm* es una ficción. Pero la ciencia que *realmente* practican los juristas, no "permanece siendo conocimiento", sino que en realidad, como ellos ven la *Grundnorm* como "hipótesis" y no como ficción, entonces sí están prestándole "cientificidad" al hecho simple de señalar a quien tiene el poder.[13]

[13] Ciertamente que hay textos, como otros ya vistos, en que la apoliticidad de la ciencia que preconiza queda comprometida: "Toda la función de esa norma básica consiste en conferir el poder creador de derecho al..., (*TGDE*, p. 136). No importa a quien, sino la claridad con que la *Grundnorm* aparece como dadora de poder y los juristas como los encargados de señalar lo que da el poder. Vale recordar que este texto es veinte años anterior a los textos que reconocen a la *Grundnorm* como ficción.

La ciencia que realmente practican los juristas, dice:

> Para poder interpretar como norma válida un enunciado, es necesario suponer la hipótesis de que haya un legítimo poder —el primer legislador— que fundó la legitimidad de la cadena de validez.

La ciencia —la *crítica* de la otra "ciencia"— de Kelsen, dice:

> Para poder interpretar como norma válida un enunciado, es necesario fingir que, quien tiene el poder, además 'debe' tenerlo; que lo tiene legítimamente (a diferencia del ladrón que ordena la entrega del dinero). Pero en realidad es una ficción que oculta el hecho de que quien es señalado por la grundnorm es señalado, no porque deba tener ese poder, sino por el sólo hecho de que lo tiene.

Si los juristas saben esto, serán concientes de que es una ficción y no justificarán a quien tiene el poder como quien además *debe* tenerlo.

Ahora bien, y esto es lo terrible, aún cuando se trate de juristas críticos como Kelsen, cuando practican *Jurisprudencia Normativa*, no hacen todo este razonamiento y este discurso. Simplemente señalan las normas válidas. De modo que, aún cuando sean críticos, su actividad concreta no les da oportunidad de serlo, puesto que al simplemente describir normas válidas, cumplen la función de legitimar, con su ciencia, a quien tiene el poder.

Se trata de una trampa que se instala en el lenguaje, en la palabra "deber", no en algún oscuro y perverso designio de los abogados (por lo menos no de todos). Lo "debido" porque es establecido por quien es el señalado por la *Grundnorm*, no es en realidad "debido" moralmente; o, dicho de otro modo, lo "debido" por ser establecido por el que es señalado por la *Grundnorm*, lo es sólo porque fingimos que es "debido". En el primer sentido, "debido" significa que si no se cumple, deberá haber sanción. En el segundo sentido, debido significa que es "bueno". El sentido de la ciencia jurídica es el primero. Pero la palabra, por mediación de esa ciencia, evoca en el ciudadano el segundo

sentido. Es una horrible trampa, de la cual los juristas pueden evadirse únicamente como *críticos*, esto es, jugando su saber en la arena ético-política, donde las normas pierden su hechizo, para revelarse como lo que son: la expresión de la arbitraria voluntad de quien ejerce el poder. Finalmente, de nuevo el retorno a la política en Kelsen, el *rol* de su teoría no es otro que el de mostrar que el derecho es la cara mentirosa del poder, y los juristas —los desprevenidos, al menos— son los intelectuales preparados despiadadamente por la sociedad para señalar las conductas "debidas".

Kelsen es tan consciente del *rol* mistificador de los juristas y de su no—ciencia, que dice, como vimos:

> ...como jurista se presupone que se debe conducir como históricamente prescribe la primera constitución, (*TGN*, p. 327).

Sin embargo, la ficción de una norma fundante, es una ficción que resulta necesaria solamente para fundar un orden moral o un orden jurídico.

> La norma fundamental puede, pero no precisa ser presupuesta. Lo que la Etica o la Ciencia del Derecho enuncian de ella, es: solamente si ella es presupuesta puede ser interpretado el sentido subjetivo de los actos de voluntad dirigidos a la conducta de otros, pueden esos contenidos de sentido, ser interpretados como normas jurídicas..., (*TGN*, p. 328, c. 59, I, c).

Pero es posible interpretar las relaciones sociales, no como normas, o como cumplimiento de normas.

> Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etcétera, constituídos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlas así. Cabe interpretarlas incondicionalmente, es decir, sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen;

es decir, cabe intepretarlas sociológicamente, no jurídicamente, (*TPD*, p. 229).

Es decir: puede fingirse la norma fundante y puede no fingirse. Si lo primero, estamos actuando como juristas científicos del derecho. Si lo segundo, como sociólogos. Pero puede, no fingirse, sino formularse como hipótesis. En este caso, actuaríamos como la mayoría de los juristas, fundando, justificando, brindando apoyo pseudo-científico a un sistema jurídico concreto.

En el campo del marxismo, fue principalmente Gramsci quien rescató el papel de los intelectuales en la construcción de las ideologías que permiten a alguien, ejercer el poder. Lo notable es que, encontrando en Kelsen el otro Kelsen, que no se quiere encontrar o que se quiere ocultar, uno tiene la impresión de que lo que Gramsci dice ya lo ha leído en Kelsen. Supongo que también les pasará a quienes lleguen a Kelsen después de leer a Gramsci. Y creo que el parentesco ideológico consiste en que para Kelsen el mundo verdaderamente humano es el de las normas, las que, a su vez, son el sentido de un acto de voluntad dirigido a otro para determinar su conducta. Y eso es, ni más ni menos, que una mención del acto político por excelencia. Gramsci, por su parte, se plantea el problema de "hacer" política: cómo ha de hacerse para que otros hagan ... ¿qué? ; la transformación del mundo; esto es, cómo conducir una política que tiene ciertos objetivos, los que él considera éticamente preferibles, desde luego. Para Kelsen, aquello, el éxito obtenido por la voluntad de dominar, se llama *eficacia* de las normas; para Gramsci, el éxito en la conducción política se denomina *hegemonía*. Este sentido final del pensamiento de ambos, es lo que hace percibir este aire de familia. Claro, respecto de Kelsen, hace falta querer encontrar en él, no el fundador de una ciencia pura del derecho, sino a un filósofo de la política.

Pues bien; los juristas son, precisamente, los intelectuales cuya función, como veremos, es hacer aparecer como debido lo que alguien quiere que sea debido: son los encargados de señalar las normas válidas. En Gramsci la cuestión aparece como la de la constitución de una manera de ver el mundo, que es propia de cada época y de la clase que, en cada época, crea y mantiene la

hegemonía. Y, desde luego, la "manera de ver el mundo" no es otra cosa que una manera *normativa* de hacerlo. Se trata de lo que debe hacerse y no de lo que es. Los intelectuales son los personajes dedicados a construir esa cultura, manera de ver el mundo o filosofía. (Los términos, en Gramsci, son siempre confusos; no es posible pedirle a sus textos la precisión que Kelsen quiere —no sin fracasar a veces— para los suyos).

Al respecto, dice Gramsci, entre otros textos:

> Cada grupo social, nacido en el terreno originario de una función esencial del mundo de la producción económica, se crea conjunta y orgánicamente uno o más rangos de intelectuales que le dan homogeneidad, conciencia de la propia función, no sólo en el campo económico sino también en el social y en el político; el empresario capitalista crea consigo mismo al técnico industrial y al especialista en economía política, a los organizadores de una nueva cultura, de un nuevo derecho..."[14]

Aquí el empresario vale como ejemplo de clase social, que crea "orgánicamente" castas de intelectuales entre los que se cuentan quienes deben crear un nuevo derecho. Esto, claro, se refiere al contenido de las normas jurídicas, y es bien conocido el desempeño de los juristas en la creación del mundo burgués. Pero también hay otro elemento aquí: "toda clase social", o bien, digamos, *toda época*, ha necesitado intelectuales, algunos de los cuales "crean" el derecho. Esto quiere decir que *toda sociedad recurre a los juristas*, cuya función es, siempre, en primer lugar, "organizar un nuevo derecho" —dice Gramsci—, pero luego, además, señalar, "decir", cuáles son las normas que lo integran. Desde este punto de vista, podemos decir, con Gramsci, que los juristas son los intelectuales orgánicos de toda organización de poder. Otra cosa es el papel contrahegemónico que los juristas podrían cumplir, que no es el caso aquí.

Si los juristas tienen éxito en esta tarea, será porque consiguen *hacer aceptar* como válidas las normas por ellos señaladas.

[14] Gramsci, A., "Los intelectuales y la organización de la cultura", en *Obras*, México, Juan Pablos, 1975 t. II, p. 11.

En esto consiste lo que Kelsen llama eficacia de las normas, y que aparece en Gramsci como una cuestión de hegemonía. Nótese que el éxito de los juristas no requiere que el sujeto a la norma las acepte de buen grado. La norma es eficaz también si es cumplida a regañadientes, y también si es aplicada por un órgano del estado ante la rebeldía del ciudadano. Pero, podríamos decir, se trata de diversos grados de *hegemonía*. Volveremos sobre esto.

8. La construcción de un bloque histórico

La norma básica fundante se nos aparece como la condición de los procesos de hegemonía. No podrían iniciarse tales procesos, si el grupo en el poder no consiguiese la aceptación generalizada, y en primer lugar por parte de los cuerpos represivos, de una norma—ficción que lo señale como dador del sentido, como autoridad legítima, como quien dice lo que se debe hacer; si no consiguiese hacer aceptar que lo que él quiere además se debe.

Por tanto, no podría existir un bloque histórico si el grupo que lo dirige no consiguiese ser el objeto de una norma fundante básica. Dicho de otro modo, una *Grundnorm*, el reconocimiento generalizado de una *Grundnorm* que señala al grupo en el poder, constituye el elemento solidificador del bloque histórico. Y el estudio de su formación es sin duda tarea para una *Sociología Jurídica*.

Conviene insistir en que para Kelsen la norma fundante es un fenómeno histórico, es decir, es un *hecho* y un hecho cambiante:

> Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales ... la norma fundante básica por lo tanto, no es el producto de una libre invención. Lo que presupone no se produce arbitrariamente, en el sentido de que se tenga opción entre normas fundantes básicas distintas ... Sólo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una constitución bien determinada..., (*TPD*, p. 209). Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica ... el

> enunciado jurídico que describe la norma fundante básica ya no reza... sino: los actos coactivos deben cumplirese bajo las condiciones y de la manera que determina la nueva constitución... La nueva norma fundante no permite considerar, como hacía la antigua... La modificación de la norma fundante básica se sigue de la modificación de los hechos que han de ser intepretados como actos de producción y de aplicación de normas jurídicas... La norma fundante básica se refiere solamente a una constitución que de hecho ha sido establecida..., (*TPD*, p. 218/9).

La feliz expresión de *bloque histórico* permite pensar precisamente algo que no estaba en la imagen originaria de Marx, donde había relaciones sociales sobre las cuales "se levantaba" la superestructura. En esta última imagen, las relaciones sociales aparecen como los cimientos. La misma composición, estructura/-superestructura, en la imagen de un "bloque", aparece sin "arribas" ni "abajos", sino como un compuesto compacto donde, según Gramsci, lo que funciona como solidificante, es la ideología, instrumento de la hegemonía. Pues bien, el elemento más importante de esa ideología solidificante, es la *Grundnorm*; puesto que toda ideología tiene un objetivo prescriptivo, es decir, promover conductas determinadas; pero que la ideología sea eficaz, es decir que consiga "hacer hacer", sólo sucede si el emisor, explícito o velado, de la prescripción, es aceptado como dador del sentido, lo cual, a su vez, significa que es señalado como tal por la *Grundnorm*. La norma fundante distribuye la palabra autorizada.[15] La palabra autorizada es la que enuncia la ideología autorizada.

El *bloque histórico*, por su parte, se construye en un proceso *político*; esto en el sentido de que sus especificaciones, sus relaciones concretas, se van ajustando en un proceso consensual; en un proceso en el cual sus actores son dirigidos por el grupo que, precisamente por lograr dirigirlos, decimos que detenta el poder, que mantiene la hegemonía. Este proceso de construcción de un

[15] Véase Entelman, Ricardo, "Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra", en *Crítica Jurídica*, número 4, pp. 109 y ss.

bloque histórico culmina con una *Grundnorm*. No antes de una aceptación generalizada de esta ficción que legitima la dirección de un proceso, puede decirse que estamos frente a un *bloque histórico* ya solidificado.

Con posterioridad a esa aceptación generalizada, puede decirse que mientras se mantenga esa *Grundnorm*, se mantiene un bloque histórico. A su vez, éste comienza a desintegrarse, a desmoronarse, tan pronto como, con los prolegómenos de una revolución por ejemplo, pero también de un golpe de estado, la *Grundnorm* comienza a no ser tan generalizadamente aceptada. Desde luego, se trata de una cuestión de hecho que debe valorar el investigador. Ahora bien, que la *Grundnorm* comienza a ser desconocida, es un fenómeno cuyo signo será el hecho de que el sistema jurídico comienza a ser ineficaz; esto es, cuando sus normas individuales comienzan, en algún sector significativo, a dejar de cumplirse. Por ejemplo, en ese sector del sistema jurídico que ordena a los militares obedecer al poder civil... Y eso lo sabríamos como resultado de estudios de *Sociología Jurídica*, entre otros.

De modo que podemos hablar de "procesos" de construcción de un bloque histórico, que comprende el proceso de construcción de esta ficción llamada norma fundante, y luego de procesos de mantenimiento del bloque histórico, que son procesos de hegemonía, civil y estatal, como los hemos llamado. Es decir, los procesos estatal y civil de hegemonía suceden a partir del momento —"momento" en sentido muy lato, desde luego— en que aparece una *Grundnorm* con claridad, esto es, cuando el reconocimiento del grupo en el poder, como autoridad legítima, es generalizado.

Los distintos momentos de este proceso de construcción, pueden, como el mismo Kelsen lo dice, verse desde puntos de vista no jurídicos. Pero pueden ser estudiados como momentos de un proceso que culmina con la aparición de una norma fundante, y en ese sentido es un proceso que puede ser constituído como objeto de una *Sociología Jurídica*. De allí que el estudio de las causas que explican el contenido de las normas, sea un tipo de estudio sociológico muy difícil de distinguir de uno histórico.

Un excelente ejemplo de construcción de un bloque histórico, que comprende el de la aparición de una *Grundnorm*, es la revolución mexicana de 1910—1917 que, además, culmina con una constitución. Entre 1910 y 1917, apareció una nueva norma fundante, que no se constituyó sino al cabo de todos esos años, y no sin notables vacilaciones de la veleta. Esa *Grundnorm* señala a los constituyentes de 1917, como "el primer constituyente histórico" como vimos que suele decir Kelsen, y señala a los órganos estatales designados conforme al procedimiento constitucional, como los hombres que dictan normas válidas. Como dice Kelsen, "con la adquisición de eficacia de la nueva constitución, se ha modificado la norma fundante básica" (*TPD*, p. 218). (Obsérvese que la nueva *Grundnorm*, que en el caso mexicano señala a los gobiernos posrevolucionarios, aparece *después* de que la constitución de 1917 adquirió eficacia).

Podría alguien decir que los procedimientos por los cuales se designa a muchos órganos del estado mexicano, no son los previstos en la constitución, porque existe fraude en las elecciones, por ejemplo. Y de hecho lo repiten incansablmente los partidos de oposición. Y podría decirse, por tanto, que las normas que estos órganos ilegítimos dictan, no son válidas. Se trata aquí, de un problema de eficacia del derecho: la *Grundnorm* mexicana señala a los gobiernos que México ha tenido y tiene, porque se trata de gobiernos que consiguen la eficacia de las normas que dictan. Porque tienen la *hegemonía* del bloque histórico mexicano, aun cuando ello no les guste a los partidos de oposición y aun cuando, cumpliendo su función política, avancen en su disputa de esa hegemonía.

En todos nuestros países, aunque creo que México es el que lo muestra con más claridad, se han construído bloques históricos soldados férreamente por una visión del mundo que ha amalgamado motivos liberales, nacionalistas y mitos católicos.

Según leo a Gramsci, el primer gran proceso, que puede ser denominado "histórico", "epocal", "fundante", está constituído por la formación del *bloque histórico*. Para llegar a construirlo, y dirigirlo, el grupo dominante crea, primeramente, una "filosofía". Esta filosofía es "visión del mundo", pero también "visión del país" de que se trata, que está, claro, enmarcada en la prime-

ra. Las filosofías "oficiales" de nuestros países americanos, con sus diferencias respecto del primer mundo, y con sus diferencias entre sí, de todos modos se inscriben en una mezcla de filosofía liberal —"burguesa"— y "occidental y cristiana", con su ingrediente "nacionalista".

La filosofía epocal de la que habla Gramsci es formulada por "filósofos" que reelaboran la filosofía "popular" y la filosofía "culta". En nuestros países también se formularon filosofías, visiones de estas sociedades, en las que no sólo participaron los pensadores como Alberdi o Vasconcelos, sino incluso los poetas y novelistas "forjadores del ser nacional" —piénsese en Martín Fierro—, los cineastas creadores del "cine nacional" y el conjunto de intelectuales cuya función ha sido realizar la apología de los procesos que condujeron a la formación del bloque histórico. Lo que resulta más notable es el énfasis de estas ideologías en demostrar que las "peculiaridades nacionales" son lo que explican las "peculiaridades" del sistema político. Lo nacional resulta fundante del poder, de la manera de ejercerlo. Si la *Grundnorm* señala a los gobiernos, es porque lo "nacional" así lo demanda. La herencia caudillesca, el fervor guadalupano, la particular "riqueza de la pampa", la "tristeza propia del altiplano" o la rumbosa alegría del trópico, terminan siendo imágenes que justifican determinada manera de ejercerse el poder por parte de quienes resultan favorecidos por la *Grundnorm*. Estas formas del imaginario latinoamericano, constituyen otros tantos jalones de la formulación de la norma básica de nuestros países. Entre los más avezados e importantes "forjadores del ser nacional", se encuentran los juristas. Todo proceso de formación de un bloque histórico debe contar con un nutrido grupo de abogados dispuestos, en primer lugar, a argumentar sobre la legitimidad de la transformación jurídica, y en segundo lugar, a formular la nueva constitución que votarán los constituyentes. De entre los juristas destacan, en estos procesos de formación de una nueva *Grundnorm*, los constitucionalistas. Son los forjadores de la ideología de las "instituciones nacionales", que siempre son "sólidas", "firmes" —los malos son los hombres, nunca las instituciones—, y permiten la convivencia. La constitución termina así siendo la expresión del ser nacional. Cuando esto sucede, cuando hay aceptación

generalizada de esto, la veleta se ha detenido, (y los juristas se convierten ahora en ideólogos del respeto a las leyes); ahora la norma básica está completamente clara: serán válidas las normas dictadas conforme a esa constitución por los hombres designados conforme con ella. O bien: hay que hacer lo establecido por las normas válidas, que son las producidas conforme a la constitución (que es eficaz puesto que el gobierno consigue hacerla obedecer) ¿Cuáles son las normas dictadas conforme con la constitución? Como ya vimos, son aquellas que en términos generales se obedecen, dictadas por funcionarios que son obedecidos, en primer lugar por los cuerpos represivos.

Constituído este bloque histórico, soldado por la *Grundnorm*, la *Sociología Jurídica* tiene ahora como tarea el estudio de los procesos de hegemonía, de dirección, de mantenimiento del bloque histórico en la medida en que éstos procesos están constituídos por conductas que pueden medirse respecto de normas válidas.

¿Cómo el grupo en el poder consigue hacerse obedecer?

9. *El proceso estatal de hegemonía (PEH)*

Llamamos *PEH* a la secuencia de producción—cumplimiento de normas por parte de órganos estatales. Cada acto de cumplimiento de una norma constituye un acto de producción de normas, excepto en el caso final en que el cumplimiento de una norma ya no constituye un acto productor de otra norma. (El acto de desalojo por la fuerza de una fábrica tomada por sus obreros, por ejemplo). En palabras de Kelsen; en las que, dicho sea de paso, vuelve uno a asombrarse de que haya sido calificado de "formalista" y "hostil a la consideración de *la realidad*":

> La serie continua de fases del proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental a los actos jurídico—positivos, las leyes y los reglamentos, caracterízase por un peculiar paralelismo entre el hecho y la norma. Las normas de cada grado superior delimitan —como elemento de su contenido—, un hecho, que constituye creación de derecho en un grado inferior. Para que el proceso jurídico avance, precisa realizar realmente el hecho determinado

> por la norma superior. Precisa que el parlamento adopte, en efecto, determinado acuerdo; que el monarca manifieste realmente su voluntad en algún sentido; que los jueces dicten sentencias, etcétera; en una palabra, precisa realizar un acto psico—físico que sea el soporte de la norma inferior. De ese modo, la norma superior concede a dicho acto su calidad específica de hecho creador de derecho; pero, a su vez, la norma creada en este acto determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía inferior. Considerando la importante diferencia que media entre el acto de creación normativa y la norma creada en este acto, pude afirmarse lo siguiente: lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma con respecto al grado inferior. Los dos límites extremos de la pura norma (que ya no es hecho, mirando hacia arriba) y el puro hecho (que tampoco es ya norma, mirando hacia abajo) son, de una parte, la norma fundamental suprema, no positiva, sino hipotética, supuesta por la teoría; y de otra, el último acto de ejecución de la norma individualizada. Si se considera el orden jurídico como un sistema de complejos normativos jerárquicamente supuerpuestos; por tanto, si la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior, de la cual es contenido, resulta que la positividad del derecho constituye desde este punto de vista dinámico, una jerarquía de actos de individualización..., (*TGE*, p. 326).

Ahora bien, todo acto de cumplimiento de una norma es un signo de la *hegemonía* que mantiene, sobre el bloque histórico, el grupo en el poder que estableció la norma más general, con la que se inicia el *PEH*. En el *PEH* podemos distinguir varios momentos.

9.1. *Toma de decisiones*

La toma de decisiones es objeto de la *Sociología Jurídica* en tanto "causa" de las normas. O, si se quiere, causa de las conductas productoras de normas. El acto de voluntad en que consiste la decisión política puede ser causa de conductas aun antes de producir normas jurídicas. En tal caso, funciona como discurso, prescriptivo, sí, pero que no puede aún reclamar la obediencia amenazando legítimamente. Al no formularse como norma jurídica, cualquier amenaza para el caso de desobediencia, corre el

riesgo de ser vista como ilegítima. Es notorio que, donde existen partidos opositores, cualquier imprudencia verbal de un funcionario, es denunciada inmediatamente como amenaza antijurídica.

No obstante, el discurso pre-jurídico es cotidianamente causa de conductas. Por ejemplo, los llamados "trascendidos" de "altas esferas oficiales", o de "portavoces que solicitaron no ser mencionados", suelen desatar fenómenos económicos y políticos de impacto a veces formidable. Piénsese en los rumores sobre devaluación de la moneda o sobre inminentes redadas policiales contra opositores. Se trata, generalmente, de decisiones políticas que el gobierno comunica de esta manera porque quiere que se produzcan esas conductas. Pero puede tratarse también de casos de crisis de hegemonía de la cúpula sobre sectores medios del grupo en el poder. Puede tratarse, y así es también cotidianamente, de funcionarios intermedios que, precisamente por no ser dirigidos por sus superiores, actúan por su cuenta, permitiendo el filtrado de información.

Este tipo de procesos de hegemonía, son cotidianos, suceden efectivamente, no puede decirse que constituyen actos jurídicos, y son estudiados por los sociopolitólogos. Son también el clásico tipo de ejemplos que estos cientistas utilizan para demostrar la irrelevancia del derecho en los procesos políticos. Se trata de la posición científica que sostiene que lo interesante es el estudio de las decisiones políticas y sus efectos, sin que resulte decisivo el estudio de las normas a que dan lugar esas decisiones, ni el estudio de las conductas en relación con esas normas. El defecto, a mi juicio, de esa posición científica, es que no ofrece bases sólidas para el conocimiento del *contenido* del acto de decisión política. En efecto, en el ejemplo del gabinete permitiendo "filtración" de información, ¿cómo sabríamos que se trata de *hegemonía* y no de crisis de ella, si no hay información objetiva sobre cuál era el sentido de la voluntad de dominio? Por el contrario, la *Sociología Jurídica*, trabajando sobre discursos expresos, sobre normas que describen expresamente las conductas queridas, tiene mejores posibilidades de ofrecer información atendible. El *PEH* comienza, sí, en el acto de toma de decisión. Es a partir de allí que debemos rastrear las conductas que nos informarán acerca de la hegemonía. No sostengo que la decisión no sea lo decisivo.

Sostengo, sí, que es la decisión formulada jurídicamente, la que ofrece el punto de partida más firme para estudiar un proceso de hegemonía concreto.

9.2. *La producción de normas*

Para convertir la decisión política en derecho, es decir en un discurso que amenaza con el uso legítimo de la fuerza en caso de no ser obedecido, el grupo en el poder debe redactar un proyecto —o varios— de ley general que somete a la consideración del congreso. (Hablamos de funcionamiento constitucional de los órganos del estado, y de los sistemas jurídicos latinoamericanos). Esta tarea de redacción de proyectos es tarea de juristas al servicio del grupo en el poder, quien debe estar muy seguro de que hegemoniza la convicción de esos juristas. Debe estar muy seguro de que las técnicas que esta capa de intelectuales ha desarrollado funcionarán de tal manera que se cumpla el proceso de hegemonía. Adviértase entonces la importancia de hegemonizar el proceso de formación profesional de los juristas, y de la cooptación de estos cuadros imprescindibles en el *PEH*. Pero también la importancia, para la oposición, de disputar la hegemonía en la formación de estos profesionales y de cooptar sus propios cuadros.

Desde luego, el grupo en el poder debe hegemonizar el congreso. Si no, no está en el poder. Y si se trata de una dictadura militar, debe hegemonizar las fuerzas armadas, cuando menos hasta el coronelato.

La parte más escondida, las zonas profundas del poder, se encuentran en los individuos que, de aquí, en más, deben llevar adelante el *PEH*.

9.3. *Reconocimiento de normas y adhesión a ellas*

Parece no necesitar mayor comprobación el hecho de que, para ejercer la hegemonía, es necesario ser reconocido como hegemónico; esto es, como "jefe" o "conductor". Esto en el lenguaje gramsciano. En el de Kelsen, para que las normas sean eficaces, es necesario que aquel a quien son dirigidas las reconozca como tales; es decir, reconozca a quien las produzca, como

órgano superior autorizado para hacerlo. El *PEH* constituye una larga cadena de obediencia-producción-obediencia de normas. Lo que se diga del primer acto de obediencia—producción, vale para todos los demás. Sus especificidades, de todos modos, deben ser tenidas en cuenta en toda investigación empírica. Lo que suele escapar a los sociopolitólogos, es precisamente la consideración de las zonas oscuras del poder: el secretario, el escribiente, el subdirector, el proyectista de sentencias. Todo les parece dependiente de la toma de decisión de más alto nivel. Ignoran que los que toman esas decisiones, si pueden hacerlo, es porque no ignoran los secretos de esas zonas oscuras del estado.

Todo órgano del estado debe reconocer a su superior como autoridad, si es que ha de darse el *PEH*. Quien pretenda hegemonizar un bloque histórico, debe estar seguro de que cada eslabón reconocerá inmediatamente al anterior y al siguiente. Esto, en Kelsen, es tratado como "reconocimiento de normas".

El análisis kelseniano se inicia con la diferencia entre el acto de voluntad que imparte la orden, o produce la norma, y el *sentido* de ese acto (*TGN.*, p.34, c.8, I). Se trata de un análisis pormenorizado y psicologista. Creo que hay que intepretar a Kelsen como parte de los científicos sociales que acepta que la obediencia es un fenómeno individual, cuyo secreto se encuentra en procesos interiores, de los que se ocupa la psicología. "Voluntad", "intención", "desear", "querer", son el tipo de términos que utiliza Kelsen para explicar esto que llamamos "procesos de hegemonía".

Lo que los politólogos llaman "toma de decisión" Kelsen lo denomina "acto de voluntad". Es un *hecho* cuyo signo es un acto de lenguaje, que porta un *sentido*, un "deber ser". Con el acto de voluntad se "quiere" —no se "desea", dice Kelsen[16]— que otro "deba" hacer algo. El *sentido* del acto es que otro debe hacer

[16] "El querer —racionalmente— puede ser dirigido sólo a la conducta de un individuo que entienda el sentido del querer y se conduzca de acuerdo con él. En esto se diferencia el querer del desear, el cual puede ser dirigido también hacia otro hecho. Yo puedo desear que mañana deba llover, pero no puedo 'quererlo', pues mediante la exteriorización de un tal querer no puedo producir la lluvia, (*TGN*, p. 34).

algo. Es la "específica manera como el derecho se dirige a la realidad": el dominio.

Esta voluntad de dominio, para que produzca el efecto deseado —dominar, ejercer el poder, hegemonizar— debe ser transmitido de manera que aquel a quien se dirige entienda el mensaje (*TGN* p. 44 c. 8, IV). Kelsen establece aquí la diferencia entre *significado* y *sentido*:

> el interlocutor pude oír o ver (leer) la palabra pronunciada o escrita, sin entender la significación de una palabra o el sentido de una frase,(*TGN*, p. 44).

Para entender el sentido es necesario entender el significado de las palabras. La significación de las palabras nos entregarían la descripción de una conducta, y el *sentido* de la norma su calificación deóntica: *debida* (prohibida, obligatoria o permitida); el mensaje transmite la voluntad del dirigente, de que esa conducta debe producirse (bajo pena de sanción).

Se entiende que en el caso de *PEH*, el mensaje significa que el órgano inferior debe producir cierta conducta, que es, a su vez, otra orden o norma. El proceso termina si, para el último órgano que debe actuar, no se trata de otra norma sino de un hecho que cumple la última orden. Por ejemplo, si la orden a un funcionario consiste en producir el informe técnico sobre la base del cual se fijarán los salarios mínimos.

La comprensión del significado y el sentido es lo que permite el *reconocimiento* del acto de dominio como dirigido a él para que produzca cierta conducta. Sin tal comprensión no hay reconocimiento de la orden, por lo cual sucedería una interrupción del *PEH*. Adviértase entonces la importancia de hegemonizar un cuerpo de funcionarios que debe hablar un lenguaje común.

En este punto, Kelsen parece solazarse en disquisiciones que seguramente parecerán "metafísicas" o "pseudo problemas" a muchos empiristas y a otros tantos de esos marxistas que no consiguen ver a los obreros concretos detrás del concepto de "clase obrera". Kelsen diferencia la adhesión a una orden, de la adhesión a un enunciado (*TGN* p. 53, c. 11, II), y la adhesión a la orden, de la voluntad de cumplirla (*TGN* p. 54, c. 11, III). De

todo ello resulta que, en una primera aproximación, el *PEH* tiene distinto cariz, si el órgano subordinado reconoce, adhiere y quiere hacer, o si reconoce, adhiere pero no quiere cumplir o si reconoce, no adhiere pero quiere cumplir. La disquisición de Kelsen en este punto, sin duda puede ser mejorada. Pero adviértase que cualquier *Sociología Jurídica* dedicada a estudiar un *PEH* cualquiera, debería hacer pié aquí, como hace Kelsen, en una *Psicología Jurídica* que permitiera describir con más detalle la forma de la hegemonía que un grupo en el poder mantiene respecto de sus subordinados.

Ahora bien, reconocer el sentido de una orden, adherir a ella incluso, debe distinguirse del reconocimiento de la *legitimidad* de la orden; o sea del reconocimiento del dador de sentido como quien puede darlo. Se trata del problema de la *validez*, que ya se nos ha presentado como una cuestión de *reconocimiento*, de *hegemonía*. Mantiene la hegemonía quien consigue que las órdenes que dicta sean intepretadas como normas emanadas de quien está autorizado para producirlas. Dicho de otro modo, mantiene la hegemonía quien consigue ser reconocido como dirigente hegemónico.

Pero quien otorga *legitimidad* a una orden es el propio derecho. Por tanto es necesario que el subordinado reconozca en su superior a alguien a quien una norma otorga la facultad de darle órdenes. Es necesario que todo ciudadano, aun cuando no sea jurista, sea educado, en previsión de que pueda ingresar en el aparato estatal, en el reconocimiento de la pirámide gubernamental. Estamos acostumbrados a ello, de modo que puede pasársenos por alto el hecho de que la jerarquía estatal no es "natural", de que hemos sido *educados* para reconocerla "automáticamente", sin razonamiento alguno. La legitimidad de la orden, en consecuencia, es un proceso donde convergen el hábito de la jerarquía estatal con el reconocimiento del individuo que dicta la orden como el órgano jerárquico autorizado.

Ahora bien, no se trata del mismo grado de hegemonía dentro del *PEH*, si es el caso que el subordinado reconoce la norma y *adhiere* a ella, que si es el caso de que reconoce y

obedece pero no *adhiere* a ella.[17] Las disputas por la hegemonía entre funcionarios superiores, suele jugarse normalmente en el intento de socavar la hegemonía que el rival mantiene en su sección administrativa. Piénsese en los "golpes bajos" interministeriales, tan comunes entre secretarios de trabajo y de economía por ejemplo; o entre los "tecnócratas" de este ministerio y los "políticos" del ministerio de gobernación. El estudio de los *PEH* debe tener en cuenta estas peculiaridades, cuando se trata de estudiar la hegemonía en el interior del grupo en el poder. En estos casos, la *adhesión* a la orden del funcionario superior adquiere una relevancia especial.

La cuestión del reconocimiento de las normas y la adhesión a ellas es lo que sugiere esta correción de Gramsci, en el sentido de que el momento de la coerción no es lo contrario del momento del consenso, puesto que para aplicar la coerción es necesario contar con la adhesión de los órganos de represión. Esto vale tanto respecto de los ciudadanos como de los propios órganos del estado. De cualquier manera que veamos la coersión, sea como aplicada a ciudadanos o a individuos que desempeñan alguna función pública, de *todos modos* es necesario que el grupo en el poder cuente con el consenso de los individuos que disponen de las armas necesarias para la represión.

Dicho de otro modo: el "momento" de la coerción de que habla Gramsci, no es sino un aspecto del "momento" del consenso. No se trata realmente de dos momentos, sino de uno solo que puede ser visto en dos respectos: respecto de aquellos a quienes se aplica la coerción y respecto de aquellos que la aplican.

[17] "Yo puedo querer hacer algo sin que lo tenga que hacer. Y yo puedo querer que yo deba hacer algo sin querer hacerlo, puedo ser incapaz de cumplir el mandato dirigido a mí mismo ... Se puede ... no sólo adherir a un mandato y no cumplirlo, como también se puede cumplir un mandato sin adherir al mismo..." (TGN, pp.54-55).

9.4. *Cumplimiento de normas*

El cumplimiento u obediencia de las normas constituye la *eficacia* del derecho y el más claro signo de la hegemonía que mantiene quien lo dicta. En el interior del *PEH*, cada acto de cumplimiento es al mismo tiempo un acto de producción de normas, excepto cuando se trate de un *hecho*, como hemos visto.

El concepto de "cumplimiento" —o "aplicación"— de las normas no tiene nada de simple, y los sociólogos del derecho lo han destacado ya suficientemente. Podemos destacar los siguientes problemas en los cuales esta colaboración-comparación Kelsen-Gramsci enriquece la *Sociología del Derecho*.

9.4.1. *Obedecer—cumplir y aplicar*

Aceptemos que *obedecer—cumplir* una norma —o una orden principalmente— consiste en producir la conducta establecida como obligatoria. Está claro que si alguien consigue hacerse obedecer, mantiene hegemonía (de diferente grado si hay o no adhesión como vimos). Pero un sociólogo, ¿cómo sabrá que esa conducta es "cumplimiento-obediencia" de lo que fue "querido" por el órgano superior? Más aún: como es sabido, los vericuetos del derecho hacen la voluntad política más inescrutable que los caminos del señor; no sólo se dictan normas con el expreso objetivo de que sean violadas, sino que resulta posible que esa voluntad no se exprese correctamente y el mensaje no sea bien "interpretado", o no pueda serlo. Eso sin contar con que, como ha sido suficientemente destacado, el derecho debe ordenar conductas en un lenguaje que oculta otros mensajes o vela relaciones sociales que no deben aparecer. Este problema hace necesario que el sociólogo del derecho actúe con todos los cuidados que sugiere Gramsci para el estudio de la ideología. De cualquier manera, este tipo de estudios de la hegemonía no podría ser realizado sino por un sociólogo que conozca las astucias de las razón jurídica. De lo contrario, no veo cómo solucionará el problema de establecer que la conducta en la que cree ver cumplimiento-observación de normas —hegemonía— lo es realmente. Si

se equivoca, resultará que verá hegemonía donde tal vez haya lo contrario.

Aceptemos, a su vez, que *aplicar* una norma, siendo un acto de *cumplimiento—obediencia*, incluye, además, un reconocimiento en virtud del cual se afirma que cierta conducta corresponde a la descrita en la norma que, por ello, decimos que "se aplica". Es el caso del funcionario o juez que establece que una conducta es legítima o no. Por una parte, obedece la norma que le obliga a calificar esa conducta, y por otra, realiza este acto que llamamos "aplicación" que consiste en subsumir un hecho en una fórmula lingüística: "calificar". Típicamente, esto es lo que hacen esos órganos especiales llamados "jueces".

Ahora bien, que la "aplicación" muestra hegemonía, es también un problema delicado: ¿cuándo la "aplicación!" sería "correcta", o sea que mostraría que el grupo en el poder mantuviera hegemonía sobre los jueces? De nuevo aquí los problemas señalados más arriba, y que dependen del investigador.

Adviértase, otra vez, la importancia que tiene hegemonizar la educación de los jueces, su nombramiento y su control. Por otra parte, el prestigio de los jueces constituye una causa de hegemonía en los *PEH*: si el grupo en el poder consigue que los ciudadanos acepten las resoluciones judiciales con motivo del prestigio de los jueces que hegemoniza, mantiene una hegemonía mayor que quien no lo consigue. Jamás se exagerará destacando el papel que juegan los jueces en los procesos de hegemonía: los sociopolitólogos tienden a ignorar el *rol* político del poder judicial que es el que explica por qué cualquier junta militar que produce un golpe de estado, el segundo acto que realiza consiste en nombrar los jueces de la suprema corte. (El primer acto es dictar una *Grundnorm*, expresa señalándose como productora suprema de normas por encima de la constitución; durante los subsiguientes días, se conoce si esa *Grundnorm* es eficaz).

9.4.2. *Eficacia y efectividad.*

La diferencia, mostrada por los juristas, entre estos dos términos,[18] pone arduos problemas en el estudio de los *PEH*. Ambos términos señalan dos aspectos distintos de la hegemonía que ejerce un grupo en el poder.

- *Efectividad* de la ley significa que los destinatarios de la norma producen las conductas requeridas.

- *Eficacia* de la ley significa que se obtienen los efectos queridos por el grupo en el poder.

Un ejemplo servirá: supongamos que el grupo en el poder tiene que enfrentar una ola de huelgas desencadenadas por sindicatos no reconocidos o que no obedecen a la central obrera hegemonizada por el gobierno. Podría enfrentar el problema dictando una ley según la cual son intervenidos los sindicatos que no se afilien a la central en un plazo de diez días. Puede resultar que la ley sea efectiva porque todos los sindicatos rebeldes son intervenidos; pero puede que no por ello se termine la ola de huelgas, y que, por el contrario, los obreros rebeldes arrastren a la propia central. En este ejemplo, la ley habría sido efectiva, pero no eficaz.

La diferencia es importante, porque como lo muestra el ejemplo, la efectividad puede ser signo de hegemonía en el *PEH* —el grupo en el poder hegemoniza el aparato de represión ("intervención")—, mientras que la ineficacia puede ser signo de crisis de hegemonía en el *PCH*; en este ejemplo, en la hegemonía sobre el movimiento obrero.

En Kelsen, por su parte, hay dos conceptos de eficacia, como ya hemos visto: a)las normas son eficaces cuando se cumplen en un cierto grado; b)un sistema es válido cuando sus normas son eficaces. El primer concepto coincide con el de

[18] Véase Antoine Jeammaud, "En torno al problema de la efectividad del derecho" en *Crítica Jurídica*, número 1, pp. 5 y ss.

efectividad. El segundo, más que coincidir con el concepto de *eficacia* —que puede referirse a una sola norma—, se refiere al problema, que hemos examinado, de la norma fundamental: si alguien consigue hacer efectivas —"eficaces"— las normas que dicta, entonces mantiene hegemonía. Pero esto precisamente muestra la relatividad del concepto de hegemonía. Puede suceder que el sistema jurídico sea eficaz, o sea que el grupo en el poder mantenga hegemonía en general, puesto que sus normas son efectivas en gran medida, pero puede que al mismo tiempo haya amplios sectores en los que la hegemonía haga crisis. En el ejemplo de la ley de intervención de sindicatos, se muestra que, siendo esta ley y muchas otras *efectivas*, hay eficacia general del sistema jurídico, y hegemonía también "general", pero una fuerte crisis de hegemonía en el movimiento obrero.

Más aún: en este ejemplo, lo que ha sucedido es que las normas son *efectivas*, incluso porque ahora tal vez los obreros rebeldes se han incorporado a la central para evitar la represión, pero resulta que, en perfecta armonía con una legislación pensada para una central hegemonizada por el gobierno, ahora son los rebeldes los que hegemonizan el movimiento obrero. Habría aquí un caso, muy común por lo demás, en que siendo efeciva la ley, puesto que ahora actúan los obreros conforme con ella, tal efectividad revela una crisis de hegemonía, situación que se mantendrá mientras el grupo en el poder no consiga producir otra legislación, y, además, consiga para ésta una efectividad que vuelva a ser signo de una hegemonía recobrada.

Como se ve, los problemas que para el estudio de la hegemonía aparecen con los conceptos de *eficacia* y *efectividad*, enriquecen, al relativizarlo, el concepto gramsciano.

9.4.3. *Administración y judicatura*

Quienes "aplican" las normas son, tanto los órganos que pertenecen al poder ejecutivo, como los jueces que dependen del poder judicial. El estudio de la hegemonía tiene aquí también sus problemas que relativizan el concepto. Kelsen ha destacado que ambos tipos de órganos aplican derecho. Pero también ha señalado los problemas de la apelación y la *cosa juzgada*. Según

la propia legislación producida por el grupo en el poder, en nuestro sistema toda aplicación de normas producida por un órgano del poder ejecutivo, puede ser cuestionada ante el poder judicial. Esto pondría a éste por encima de aquél, y la única manera en que el grupo en el poder puede evitar la deslegitimización de sus actos administrativos, consiste en mantener, como hemos visto, su hegemonía sobre los jueces, en particular sobre los supremos.

Vale la pena notar que, contrariamente a lo que suelen pensar los sociopolitólogos, es más hegemónico el grupo en el poder que obedece a la suprema corte, que aquél que no lo hace. Como los sociopolitólogos sólo ven la hegemonía como poder de hecho, en última instancia como "dirección" apoyada en la fuerza, piensan que el poder judicial es un elemento menor del engranaje. Esta es una apreciación desafortunada. Debería bastar esta pregunta para demostrarlo: ¿cuál grupo en el poder es más hegemónico? ¿El de los Estados Unidos que, una vez designados los ministros de la corte, respeta la independencia del tribunal supremo, o el de nuestros países que acostumbran pisotearla? Lo que sucede, en el fondo, es que quien consigue la efectividad del derecho que dicta, mantiene la hegemonía. Y esto incluye la efectividad de las normas que hacen del poder judicial un control del poder ejecutivo. Este es el grado más amplio de la hegemonía. La cuestion está en hegemonizar *todos* los sectores del aparato estatal, jueces incluídos.

El análisis de Kelsen sobre la *cosa juzgada*, muestra que el *PEH* es de tal manera complicado, que ni siquiera puede imaginarse como una cascada que siempre "baja" en la escalera de órganos del estado. Porque luego resulta que "sube" hacia los funcionarios y jueces que revisan la aplicación de las normas. En definitiva, toda aplicación de norma que es contestada, y "subida" hasta la suprema corte, constituye un fenómeno de reconocimiento de normas. En efecto, cuando la suprema corte acepta una apelación, puesto que se trata de un acto de *creación de derecho*, como toda aplicación de normas, lo que hace es, en primer lugar, decir que los inferiores no han reconocido la norma, y en segundo lugar reconocer "correctamente" la norma establecida por el

grupo en el poder. El análisis de la *interpretación del derecho* muestra esto con más claridad.

9.4.4. *La interpretación del derecho*

Existen diversas y algunas muy complicadas teorías acerca de la *interpretación de la ley*. Pero de cualquier modo que sea definido este proceso, no puede consistir en la "lectura" que de una norma hace el órgano del estado que se apresta a producir una orden o norma.[19] Kelsen ha señalado reiteradamente el carácter *político* del acto de interpretar:

> ...el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación..., (*TPD* p. 351)

Puesto que

> ...hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones, (*TPD*, p. 350).

Esto significa que no hay ciencia jurídica alguna que pueda justificar una y no otra interpretación de una norma.

> Es un esfuerzo inútil pretender fundar 'jurídicamente' una de esas posibilidades con exclusión de las otras, (*TPD*, p. 353).

Adviértase que en toda sociedad que se conozca, la actividad de los órganos del estado consiste siempre en una actividad que es "conforme a derecho", puesto que el órgano actúa conforme a *su* interpretación de las normas que dice "cumplir". Aún en las sociedades más primarias, sin normas escritas, los funcionarios

[19] "La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho en su tránsito de una grada superior a una inferior",(*TPD* p. 349) Es en el paso de una grada a otra donde aparece claramente el hecho de que la interpretación es creación de derecho. Y aún cuando haya inferencia lógica entre una norma superior y otra inferior, resulta que no hay la nueva norma sino a merced de un acto de voluntad política que la haga existir.

de la comunidad son los "portavoces" del *nomos* de las tribus. Dicen lo bueno y lo malo, el castigo y la recompensa, siempre conforme a normas que, muchas veces, sólo ellos conocen. Esto quiere decir que la hegemonía consiste siempre en un *proceso* —de allí "PEH"— "jurídico", es decir, de producción-cumplimiento de normas. Ahora bien, si este proceso, que implica la *interpretación* del derecho, ha de ser hegemonizado por "alguien", este "alguien" —grupo en el poder precisa asegurarse de que todos los actos de interpretación lo sean en el sentido que le conviene. Esto, en el mundo moderno, se produce en la facultad de jurisprudencia: es la ciencia del derecho que allí se enseña lo que garantiza al grupo en el poder que la interpretación jurídica lo será en el sentido deseado por quien conduce el *PEH*. Y es por eso que el único Kelsen potable para la facultad de derecho es el fundador de la ciencia "pura", cuyo mejoramiento paulatino nos traerá la justicia y la paz en la medida en que la interpretación del derecho sea cada vez más correcta.

9.4.5. *La lógica*

Y ahora, la lógica ingresa en el *PEH*. Los juristas lógicos pretenden hacernos creer que existe una lógica de las normas, según la cual una norma inferior es una deducción lógica respecto de una superior: las computadores dirán que es lo justo, eso sí, sin equivocarse.

Kelsen se jugó su prestigio de fundador de una ciencia que a eso parecía apuntar, al formalismo lógico, para recaer en la clasicidad: el derecho no tiene otro fundamento que la fuerza (la hegemonía, digamos para matizar). La lógica se aplica a actos de pensamiento, sin duda; "pero las normas jurídicas no son el sentido de actos de pensamiento sino de actos de voluntad" (*TGN* p. 313 c. 58, XX). De allí que, si bien una influencia en algún sentido "lógica", puede indicar que ésta y no otra es la interpretación debida,

> ...si por cualquier razón, el reconocimiento de la validez de la norma general realacionado con el caso y consecuentemente la fijación de una norma individual a ella correspondiente no se efectúa

> en un acto de voluntad de los individuos indicados, esa norma individual no entra en validez, y no puede ser validada por la operación lógica de pensamiento de una conclusión, (*TGN*, p. 302, c. 50, XIV).

Es decir: la lógica, como todas las demás formas científicas del pensamiento jurídico, no es otra cosa que un engranaje más del *PEH*, que actúa sobre la conciencia de los órganos encargados de aplicar la ley, ahora proponiendo, no sólo interpretaciones "correctas", sino, además, con el aval nada menos que de la matemática y la electrónica. Se comprende que a los apologetas del derecho este Kelsen les parezca un octogenario decimonónico....

El *PEH* consiste, según hemos visto, en la cadena de hechos que va desde la toma de decisiones generales, hasta el cumplimiento final de las conductas individuales que, en conjunto, muestran —o no—, la hegemonía de un grupo en el poder. Cada uno de estos eslabones de la cadena, constituyen un fenómeno de eficacia —o no— de normas. Que es lo que queríamos mostrar: la complementariedad de las ideas de Gramsci y Kelsen para la práctica de una *Sociología Jurídica* dedicada al estudio de la eficacia como signo de la hegemonía.

10. El proceso civil de hegemonía (PCH)

El proceso en virtud del cual el grupo en el poder mantiene y recrea su hegemonía respecto de los individuos que no forman parte del grupo de individuos que pueden identificarse como "órganos del estado", es aún mucho más complicado y sutil.

Este proceso, cumplido por ciudadanos comunes, es decir, por individuos que no son órganos del estado, es un proceso compuesto por conductas de las que puede decirse que constituyen cumplimiento u obediencia de normas. Aquí "obediencia" en un sentido lato, porque el ejercicio de derechos subjetivos también debe computarse como tal. Esto pone el arduo problema de saber si, en el mundo moderno, existen conductas que no estén relacionadas con el derecho. La respuesta es que no hay tales conductas, puesto que el mundo moderno, entre otras cosas, se

caracteriza por la juridización total de la vida humana.[20] Es decir, por el control total de las posibilidades vitales de los hombres. Si esta afirmación resulta discutible, de cualquier manera será difícil encontrar conductas que no pudiendo ser relacionadas con alguna norma, además resulten interesantes para el estudio de los fenómenos políticos.

Se plantea entonces el problema de saber cómo han de diferenciarse las conductas objeto de la *Sociología Jurídica* de las conductas objeto de otras ciencias humanas. La respuesta no puede ser sino que nuestra ciencia tiene por objeto conductas humanas puestas en relación con normas jurídicas. Cualquier conducta que pueda referirse a una norma es objeto pertinente de la *Sociología Jurídica*.

La *Sociología Jurídica* por tanto, interesada en el estudio de la hegemonía de un grupo en el poder, tiene ante sí un campo inconmensurable para su desarrollo, lo que de por sí constituye ya la primera dificultad para el investigador: la elección del tipo de conductas que ofrecerán mejores posibilidades de proporcionar información sobre la hegemonía del grupo en el poder.

El *PCH* es, como decimos, mucho más difícil de cumplir y organizar. La primera dificultad consiste en que respecto de los ciudadanos, el grupo en el poder no cuenta con la amenaza con que cuenta respecto de los funcionarios: la pérdida del trabajo. El funcionario se reproduce a sí mismo y a su familia, a través de la venta de su fuerza de trabajo, es decir, por la percepción de un salario; (pequeño o grande, según la jerarquía, no interesa; lo cierto es que la pérdida del salario es una amenaza directa contra el funcionario, que no existe respecto del ciudadano). Esto quiere decir que el *PCH* debe fincarse en un asentimiento aún mayor

[20] No ignoro que existen juristas que ven en el mundo moderno, sobre todo en el europeo, ciertas tendencias a lo que llaman la "desjuridización". No es posible incluir el tema aquí. Pero creo que se refieren más bien a un proceso de "des-estatización" en el sentido de que un buen número de actividades comienzan a ser resueltas por mecanismos jurídicos aparentamente no controlados por el estado. Sobra decir que en tal caso, la palabra "estado" querría decir conjunto de funcionarios.

que en el caso del *PEH*. Por ello resulta más complicado y por ello debe ser mucho más sutil.

10.1. *La educación en "lo debido"*

Respecto de los ciudadanos, el grupo en el poder debe asentar su hegemonía en una educación generalizada que convenza de que lo debido jurídicamente es debido moralmente. Dicho de otro modo, una educación que consista en hacer de la obediencia de la ley una virtud moral.

Lo debido jurídicamente, es "debido" en el sentido de que, en caso de producirse una conducta contraria, existe la posibilidad, cierta, como dice Weber, de que se aplicará una sanción. Es decir, la amenaza debe ser cierta y aparecer como muy probable o casi segura. Pero además, el *PCH* implica que los ciudadanos hayan sido educados en la creencia de que es "bueno" cumplir la ley. Esto resulta cierto también respecto de los funcionarios, claro. Un "buen" *PEH* supone que exista la "moral del funcionario público", de modo que el individuo que actúa como órgano del estado esté convencido de que debe obrar según lo establece la ley. Pero también es posible un *PEH* en que la corrupción de los funcionarios constituya una forma de hegemonía. En cambio respecto de los ciudadanos, el grupo en el poder precisa que éstos cumplan la ley lo más voluntariamente posible. Una educación "cívica" es lo que lo garantiza.

La razón por la cual los ciudadanos consideran que es "bueno" cumplir con las leyes, es un proceso individual que seguramente debe ser explicado por la *Psicología*. Lo cierto es que, en toda sociedad conocida, la construcción de una ética que conduce a la obediencia de la ley, sucede en el mundo simbólico. En el mundo moderno, se trata de los símbolos patrios, de los héroes imitables, de los temores suscitados por las ceremonias hieráticas, de los deseos reprimidos.

De lo que se trata es de educar en el reconocimiento de la palabra autorizada, pero, a diferencia de lo que sucede en el *PEH*, aquí el superior explícito es reemplazado por la "autoridad" no siempre reconocible inmediatamente. En el *PCH* no aparece la *orden* expresa, salvo en casos excepcionales, como en

el caso de la función delegada, que veremos enseguida. Cuando los ciudadanos cumplen las normas del código civil, generalmente sin jamás haberlas leído, no lo hacen en cumplimiento de ninguna orden, sino en cumplimiento de pulsiones aprendidas; cuando cumplimos "a conciencia" con nuestro trabajo, o cuando nos sentimos culpables por no hacerlo, somos objeto de un *PCH* que no es evidente. Y precisamente por no serlo, su estudio es mucho más difícil que el estudio del *PEH*.

Por ello la tarea de una *Sociología Jurídica* dedicada a estudiar la hegemonía de un grupo en el poder sobre la ciudadanía, tiene por delante un trabajo que no tiene nada de sencillo. En efecto, el grado de hegemonía no será el mismo si la obediencia se produce por conocimiento expreso de la ley, por tanto por temor, que si se produce por razones morales. Ni deberá ser igualmente considerada la obediencia a todas las normas.

> ...hay que distinguir entre ideologías históricamente orgánicas, que son necesarias para una cierta estructura, e ideologías arbitrarias, racionalistas, 'queridas'. En cuanto históricamente necesarias, tienen una validez que es validez 'psicológica': organizan las masas humanas, forman el terreno en el cual los hombres se mueven, adquieren consciencia de su posición, luchan, etcétera, (*Antol.* p. 364)

Existen normas "históricamente orgánicas" respecto de la sociedad capitalista, como los contratos del código civil o del derecho laboral. Pero las normas "coyunturales" de un plan económico contra la inflación, son "ideologías arbitrarias" cuya eficacia requiere de un grado de hegemonía mucho mayor. Por tanto, el sociólogo debe considerarlas de manera diferenciada respecto de las otras. La efectividad de las normas sobre el derecho de huelga puede significar un grado de hegemonía sobre los obreros mucho menor que la eficacia sobre sindicalización a una central determinada con preferencia a otra. Se trata de problemas específicos que debe resolver el investigador, y para los cuales sin duda las sugerencias de Grasmci sobre la construcción de la hegemonía son las apropiadas. Después de todo, gran parte de los esfuerzos de Gramsci están destinados a explicar de qué modo se

construye la ideología que favorece la permanencia de un grupo en el poder (y a cómo combatirla, por supuesto, con la construcción de una ideología contrahegemónica).

10.2. *La delegación de funciones*

Pero no solamente la educación proporciona al grupo en el poder unos ciudadanos obedientes. También proporciona ciudadanos que se comportan como órganos del estado por delegación de funciones, como en el caso de los padres que son autorizados por el derecho a corregir moderadamente a sus hijos. Se trata del típico caso de delegación de funciones jurídicas, es decir represivas, en ciudadanos comunes. Pero no es el único caso ni el más importante si tenemos en cuenta que los capataces, sin ser funcionarios públicos, cumplen funciones delegadas de represión que constituyen formas imprescindibles de control en el mundo moderno (quisiera poder decir "capitalista").

Siendo esto así, la *Sociología Jurídica* puede encontrarse también en el *PCH* con conductas que, siendo cumplimiento de normas —o ejercicio de derechos— son al mismo tiempo producción de otras normas, como es el caso de las órdenes dictadas por los capataces. Del mismo modo deben considerarse las conductas con las cuales, ejerciendo el derecho de contratar, se formulan nuevas normas que pueden o no ser efectivas.

Habíamos comenzado este capítulo comentando un texto de Kelsen sobre la eficacia de las normas como virtud de un gobierno que consigue hacerse obedecer, y respecto del cual cabe hacer la hipótesis sociológica de que seguirá siendo obedecido si introduce nuevas normas en el sistema jurídico. Lo que queríamos averiguar es si existe un paralelo entre estas ideas de Kelsen y las de Gramsci. Creo que, con beneficio para la *Sociología Jurídica*, puede decirse que los textos kelsenianos fundan esta ciencia mientras que del pensamiento de Gramsci podemos obtener lo necesario para una práctica científica del mayor interés para las tareas democráticas en América Latina.

Capítulo VI

EL ESTADO ¿IMPUTACIÓN O SUPERESTRUCTURA?

1. El estado como superestructura en Marx.

Resultaría inapropiado repetir aquel célebre texto marxiano donde lo jurídico—político aparece como "superestructura" que "se levanta" sobre la base socioeconómica. Este célebre pasaje ha sido interpretado de muchas maneras, siempre en la búsqueda de superar el callejón sin salida que representa. En efecto, no se trata de algo más que una metáfora en la que el "estado" ocupa un "lugar" respecto de lo otro. Sin duda que, frente al hegelianismo, tal vez resultaba útil reafirmar la idea de que el mundo ideal es sólo una función de la manera como los hombres viven y se reproducen. Sin embargo, inmediatamente quedaba planteada la pregunta obvia: ¿acaso el pensamiento de los hombres no es parte de su vida? Porque dicho así, pareciera que la "vida social" que determina el pensamiento es una clase de vida en la que no se piensa; apareciendo así el pensamiento como "lo otro" de la vida. Siendo, por otra parte, que el lenguaje, obvio vehículo del pensamiento, es algo tan humano como la "vida social", si es que no resulta precisamente lo más humano y "social" que concebirse pueda. En suma, un verdadero problema, éste que Marx dejó planteado, sin resolver, y que tampoco resolvieron las enmiendas que el viejo Engels trató de hacerle con aquello de la "última instancia": creyó dilucidar el asunto diciendo que lo socioeconómico determina lo ideológico, sí, pero sólo "en última instancia". Lo cual convierte a la base en algo tan relativo, que pierde la aparente sencillez con que estuvo planteada la cuestión al principio.

Tengo para mí que hubiera sido más sencillo tomar la famosa frase como una indicación metodológica, o dejarla de lado totalmente. Pero no hemos hecho eso. Por el contrario, hemos intentado utilizarla como acceso al derecho, perdiendo así la

oportunidad de utilizar otros sectores del pensamiento contemporáneo. Y estoy convencido de que en Kelsen se encuentra indicaciones interesantes para entender mejor la propuesta marxiana.

¿En qué sentido podríamos hablar del estado como "superestructura"? No parece simple. Pienso que no hay escapatoria: toda *superestructura* no puede ser otra cosa que discurso; pero ¿cómo decir que el estado es un "discurso"? Me parece que únicamente siguiendo a Kelsen.

2. *La ideología según Kelsen.*

Kelsen señala que respecto del derecho —recuérdese que derecho y estado para él es lo mismo—, puede hablarse de ideología en dos sentidos. Por una parte, el derecho es ideología en cuanto *sentido* de hechos; por otra parte, si "ideología" es una descripción "irreal" de lo real, constituiría "ideología" una descripción del derecho, es decir una ciencia, un metadiscurso sobre ese discurso, que lo confundiera con lo que no es, que para Kelsen sería confundirlo con algo *natural*. He aquí los textos:

> ...sólo cuando por ideología se comprende todo aquello que no sea una realidad determinada por una ley causal, o una descripción de esa realidad, sólo entonces el derecho en cuanto norma, es decir, en cuanto sentido de estos actos diferente de los actos reales causalmente determinados, es ideología, (*TPD*, p. 120).

Hay que recordar la diferencia entre naturaleza y sociedad y entre imputación y causalidad, que Kelsen ha tratado justamente antes de estos textos. Según esto, sería ideología todo aquello que no sucede en el ámbito de la causalidad, que comprendería los fenómenos socioeconómicos, pero también los fenómenos del pensamiento en tanto que éstos podrían ser estudiados sociológicamente, es decir, como determinados causalmente, precisamente por los fenómenos naturales, económicos e históricos, como dice en algún lugar.[1] Pero Kelsen hace un esfuerzo teórico para dife-

[1] Véase *TGE*, p. 27.

renciar la normatividad como *efecto* de la vida social, de su estudio en tanto que forma mental: el derecho, por ejemplo, puede ser estudiado sociológicamente, para determinar por qué las normas obligan a eso y no a otra cosa, y eso es, como hemos visto, objetivo de la *Sociología Jurídica*. Otra cosa distinta sería contestar a la pregunta de *por qué existe el derecho entre los hombres*, que es una pregunta que contesta la *Filosofía Política*, y cuya respuesta en Kelsen hemos visto. Pero estos estudios deben ser distinguidos del estudio de las normas en cuanto *sentido* de actos de voluntad que dan *sentido* a las conductas humanas. En este caso, la pregunta es acerca de la *naturaleza de la normatividad*, que no es lo mismo que la pregunta por la explicación acerca del *contenido* de las normas, ni que la pregunta acerca de *por qué existe derecho entre los hombres*. Podríamos decir que la pregunta por la naturaleza de la normatividad es la específica de la *Teoría General del Derecho*, a diferencia de las preguntas de la *Sociología Jurídica* y la *Filosofía Política*.

En la *Teoría Pura del Derecho*, que es la *Teoría General del Derecho* kelseniana, el derecho es una ideología porque constituye un *contenido de sentido*; ahora bien, eso no quiere decir que no pueda explicarse, a partir de la base económica, por qué el sentido es ése y no otro, como sería el caso del tipo de explicación que intenta la *Sociología Jurídica*. Como se ve, todo lo contrario a una propuesta adversaria del marxismo. Lo cual él mismo dice en otra parte.[2]

El otro texto, es el siguiente:

> Si por ideología ... se comprende ... una exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradora de ese objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto del conocimiento; y si se designa como 'naturaleza' no sólo la realidad natural como objeto de la ciencia natural, sino todo objeto del conocimiento, incluyendo, por lo tanto, el objeto de la ciencia jurídica, el derecho positivo ... entonces también la exposición del derecho positivo debe mantenerse libre de ideología (en el segundo sentido de la palabra). Si se

[2] Véase *SyE*, p. 187, nota 6. Allí se encuentra la opinión del propio Kelsen, en 1923, de su relación con el marxismo.

> considera el derecho positivo como orden normativo en relación con la realidad del acontecer fáctico, que según la pretensión del derecho positivo, debe corresponder a aquél (aún cuando no siempre le corresponda enteramente), cabe entonces calificarlo como 'ideología' (en el primer sentido de la palabra). Si se le considera en relación con un orden 'superior' que esgrime la pretensión de ser el derecho 'ideal', el derecho 'justo', y que exige que el derecho positivo se le adecue ... entonces el derecho positivo ... aparece como derecho 'real', y, en consecuencia, la teoría del derecho positivo que lo confunda con un derecho natural ... deberá ser puesta de lado como ideológica (en el segundo sentido de la palabra). En este sentido, la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica, (*TPD*, p. 121).

Hay entonces dos sentidos de la palabra "ideología" en Kelsen, en estos textos:

- 1) Ideología es lo otro respecto de "una realidad natural" o de "una descripción de ella". Es decir, un fenómeno económico no es "ideología"; pero tampoco lo es una descripción científica de él.[3] "Ideología" significaría entonces, en este primer sentido, todo discurso prescriptivo.

- 2) En el segundo sentido, "ideología" es un discurso *no objetivo* acerca de un objeto. Este objeto puede ser:

  a) un fenómeno económico,

[3] Lo que haría de esa descripción una descripción "científica" sería su carácter descriptivo, por oposición a lo que fuera un enunciado acerca de ese fenómeno, pero de carácter prescriptivo. Lo que sería "ideología" para Kelsen, sería precisamente este conjunto de enunciados prescriptivos, es decir, la normatividad. La dificultad para estudiar las relaciones entre Kelsen y Marx acerca del tema de la ideología, radica siempre en esto: que para Kelsen lo ideológico es lo no natural, lo cual, a su vez, es, según él, lo normativo. Y, siempre que Kelsen reprocha a Marx su concepción del derecho y la ciencia de éste como "ideología", hay que tener en cuenta que Kelsen piensa en su concepto de "ideología", y no siempre es consistente el uso de la palabra en su discusión con éste, lo mismo que en el caso de la "naturaleza".

b) un discurso sobre ese fenómeno (se puede constituir a la ciencia económica como "fenómeno" que sucede en el tiempo y el espacio),

c) una norma o un conjunto de ellas,

d) un discurso acerca de las normas, como lo es el caso de la ciencia del derecho. Este segundo significado del término "ideología" en Kelsen, a mi juicio coincide con el significado atribuido por Marx a esta palabra, cuando la usa como "falsa conciencia" que se opone al discurso científico. La *ideología*, en Marx como en Kelsen "vela", "desfigura", dice Kelsen, los fenómenos a los que se refiere.

Lo que Kelsen defiende siempre, contra Marx o contra cualquiera, es que el derecho —"ideología" en el primer sentido— puede ser objeto de una ciencia, puesto que puede describirse sin "desfigurarlo". En cambio, Marx veía a la "ciencia" del derecho como ideología, porque ideología era lo que pasaba por "conocimiento" jurídico. En efecto, lo que el conocimiento acerca del derecho decía de éste era una simple repetición de los conceptos con que se construía el discurso jurídico. Si, por ejemplo, el discurso jurídico dice que una persona es un ente susceptible de adquirir derecho y contraer obligaciones, el jurista tomaba este enunciado como uno descriptivo de la realidad, y decía que una persona era... y repetía como eco lo dicho en el discurso de la ley. (Desde luego, la situación actual, pese a Marx y pese a Kelsen, no parece haber variado mucho). Obviamente, Marx no podía pensar en "eso" como "ciencia". Pero tampoco lo ha pensado Kelsen, quien ha combatido, más que nadie quizás, este tipo de pseudoconceptos que la" ciencia" jurídica repite pretendiendo que "describen" el derecho. Ahora bien, Marx veía claramente el efecto "educador" del discurso jurídico y de su eco pseudocientífico, el efecto ideológico precisamente, consistente en forjar la conciencia —"falsa"— de que lo que es además *debe ser* y por eso pensaba tan mal del derecho y los juristas. ¡Pero Kel-

sen también! Sólo que Kelsen llama a este develar, a esta desmitificación, *ciencia* del derecho mientras que Marx pensaba en la *crítica* de la sociedad capitalista. Pero esto que Kelsen llama *ciencia jurídica* fundada en su *Teoría Pura del Derecho* —que desde mi punto de vista es una crítica de lo que hacen realmente los juristas apologetas del estado— difiere sólo en el nombre de la crítica marxiana del derecho, si atendemos a los pocos textos en que, en *El Capital* o los *Grundrisse*,[4] Marx habla expresamente de conceptos jurídicos. De allí que me parezca similar la concepción kelseniana de la concepción marxiana de "ideología" como falsa conciencia. Pero la cuestión va más allá aún. También me parece que el primer sentido kelseniano de "ideología" es compatible con el marxismo. En efecto, no otra cosa que un cierto acto mental, o discurso, como quiere Kelsen que sea la normatividad, puede ser la "superestructura" que Marx coloca como edificio visible fundado en la base económica. Una cosa es que el *contenido* de ese discurso sea mentiroso, y otra cosa es que *sea discurso*. Sobre la primera cuestión, Kelsen ha defendido que el derecho no "informa" nada acerca del mundo; no dice nada acerca del ser, sino sólo del deber. Es en tal sentido que no acepta que el deber pueda ser "mentira", que las normas no son

[4] No me refiero a los clásicos pasajes del Marx de *La Cuestión Judía* o de la crítica a Hegel, siempre citados cuando se quiere hablar de la "concepción del derecho" de Marx. Me refiero por el contrario, al tipo de textos como el que se encuentra en *El Capital*, (México, S.XXI, 1975) T. 1 v. 2, p. 721 y ss., donde se lee una crítica del derecho civil en cuanto su concepto de propiedad esconde el hecho de que la "propiedad aparece ahora, de parte del capitalista, como el derecho a apropiarse de trabajo ajeno impago o de su producto". O textos como el de *Elementos Fundamentales*... (México, S.XXI, 1976), T. 3, p. 164 donde se muestra cómo el derecho privado oculta, al reglamentar la circulación de mercancías, que la apropiación que hace el capitalista del dinero con el cual paga la mercancía que compra —la fuerza de trabajo—, no sucede como efecto del propio trabajo, sino del trabajo ajeno. Este tipo de textos, que son más frecuentes de lo que suele creerse, son los que considero la contrapartida, en el nivel sociológico, del tipo de develamiento que cumple Kelsen en el nivel de las formas jurídicas.

ni falsas ni verdaderas.[5] En cambio, Marx, preocupado principalísimamente por el efecto ideológico del discurso de la ley, no tiene ningún prurito proveniente de la lógica para decir que el derecho es "mentiroso". A mi juicio se trata de una diferencia perfectamente eliminable que permite aprovechar ambos pensamientos.

Ahora bien, entre Marx y Kelsen siempre existe la diferencia crucial consistente en que, para Kelsen, "ideología" —en el primer sentido— es el mundo ideal que él identifica con el deber, con el discurso prescriptivo; por tanto para Kelsen la ciencia, el discurso *descriptivo*, que él cree que puede ser "objetivo", "apolítico", no es ideología. En cambio, para un marxismo moderno no cabe creer en la objetividad ni en la apoliticidad, de modo que la ciencia puede ser "ideología" o superestructura en el sentido de ser un acto mental, un discurso. Esta diferencia debe ser tomada en cuenta al aceptar, desde el punto de vista marxista, la posición de Kelsen según la cual el derecho es "ideología" —primer sentido— o *discurso*, como creo que es preferible decir hoy. En definitiva, lo que aporta a la concepción marxista, o que pueden aprovechar los marxistas, es la claridad con que en Kelsen aparece el derecho —y el estado, por cierto— como acto mental, como *discurso*, cosa que no sucede en la metáfora marxiana de la base y la superestructura, donde el derecho resulta sólo visto como "mentira", pero muy difusamente como *discurso* especial.

[5] Pero nunca ha dicho Kelsen que, por el hecho de que la normatividad no informa sobre el mundo, sino que dice lo que debe suceder, del discurso de la norma no pueda obtenerse información acerca de lo que la sociedad que usa ese discurso piensa del mundo. Al contrario, sus estudios antropológicos demuestran que buscaba, en el discurso normativo, información acerca de lo que los primitivos pensaban del mundo. Así es como del hecho de que utilizaran la idea de imputación en vez de la de la causalidad, se advierte que tenían una concepción política del orden universal. Y, si se me dijera que, al revés, es de su concepción política del orden universal que obtenían su idea de imputación, de todos modos resulta lo que quiero mostrar: que es falso que en Kelsen haya la negativa a considerar la relación sociológica entre discurso normativo y relaciones sociales. O, lo que es lo mismo, que se niegue a considerar que el contenido de las normas no informan nada acerca de la realidad social.

En el momento en que el derecho aparece como *discurso*, camino abierto por Kelsen, a mi juicio desaparecen los problemas de la relación entre base y superestructura que hacían difícil explicar cómo algo que está determinado por la primera puede, al mismo tiempo, ser "mentiroso"; o los problemas relacionados con la diferencia entre relaciones de producción y relaciones de propiedad "que no es más que su forma jurídica" como dijo Marx. Se trata simplemente de la relación entre el discurso y su referente. Y lo que el discurso diga de su referente puede ser todo lo apropiado o inapropiado que el análisis del discurso permita establecer.

3. El ejercicio del poder a través de la autorización para actuar. El derecho subjetivo y la capacidad jurídica

Lo que el estado es, en Kelsen, no puede ser cabalmente comprendido sin una exploración exhaustiva de su concepto de *imputación*, que luego cambió por *atribución* e incluso por *imputación atributiva*. Asimismo hay que tener en cuenta el *objetivo* perseguido por Kelsen en este punto crucial de su teoría: persigue la dilución de la idea del estado como una "cosa" que exista como existen los elementos del mundo que él denomina *de la naturaleza*. Esta idea se le aparece como el supremo fetichismo, comparable al fetichismo de la mercancía en Marx. Lo que hay que combatir es esta creación humana que luego se vuelve contra el hombre; como los fetiches. Lo que hay que destruir es este temor reverencial frente a este poder que, como en el caso del aprendiz de mago, luego de que ha sido creado por el mismo hombre, se revierte, pero multiplicado, contra su propio creador, para capturar todas sus posibilidades de libertad. Y para ello, es necesario mostrar el procedimiento en virtud del cual el hombre crea este poder que luego se coloca enfrente suyo. Y éste es un procedimiento *mental*; y por eso el estado es *ideología*; precisamente como quería Marx, aunque éste sólo llegó a mostrar el mecanismo mental en virtud del cual las mercancías se ponen de cabeza y rompen a bailar.

Ahora bien, el acceso al concepto de *imputación* se produce por la vía del tratamiento del derecho subjetivo y la capacidad jurídica.

¿Cómo sucede que el estado aparece frente a su creador para dominarlo? ¿Cuál es el mecanismo mental de este proceso? La respuesta es: la atribución que los hombres hacen de ciertos actos que ellos mismos cumplen, a un ente ficticio llamado "estado". Veamos esto.

A pesar de haber tratado este asunto en todas sus obras dedicadas al estado, como *PCTJE*, *TGED*, y *TGE*, su desarrollo más acabado se encuentra en la *Teoría Pura del Derecho* de 1960. Sólo que, como la exposición tiene el orden necesario para destacar la normatividad, lo que puede considerarse teoría del estado debe ser entresacado con cierto cuidado y, desde luego, con intención de encontrarlo, no de pasarlo por alto.

La primera vez que la cuestión aparece en *TPD*, es en el tratamiento del derecho subjetivo (pp. 138 y ss). La posición de Kelsen al respecto es conocida: el derecho subjetivo no es más que la cara inocente de la norma; es una técnica propia del derecho de la época del capitalismo, que oculta bajo la idea del *sujeto* que "hace", el hecho de que los hombres, de esta manera, no "hacen" sino que cumplen roles predeterminados. Cuando el hombre, devenido "persona" o "sujeto" por virtud de las normas, realiza "libremente" un contrato, lo que sucede es que se ha inscrito en un juego de roles que, por virtud de las normas, estaba ya determinado. Y, desde un punto de vista marxista, lo que sucede es que ese hombre se instala con ello en el circuito mercantil del que no puede evadirse: desde el punto de vista económico, las relaciones sociales están predeterminadas por las pautas del modo de producción, que el derecho consagra en forma normativa. Desde el punto de vista jurídico, la *persona* ejerce el "derecho" de cumplir lo establecido por las normas que dicen cómo debe ser el intercambio.

El derecho subjetivo queda así desmitificado. El mito roto es aquí el del hombre que es "sujeto" que "hace". Lo mítico es aquí la idea del hombre que "libremente" contrata. No hay tal.

> ...contratar es una técnica de constitución válida de subgrupos con pautas internas propias de comportamiento de sus miembros. El control de las mismas —esto es: el desempeño de los roles que las partes se distribuyan y, por ende, de la redistribución de bienes y privilegios que las partes acuerden, así como las modalidades de reproducción del grupo— quedan, en principio, en manos de los miembros del grupo mismo....; pero a la postre, siempre es el grupo global incluyente el que mantiene el control de sus subgrupos...[6]

El derecho subjetivo es un discurso político que produce, en quien está sujeto a las pautas preestablecidas, un efecto de sentido especial: la creencia de que es "libre", "sujeto hacedor" de actos que el estado respeta (aquí, el efecto de sentido creado por la ilusión de la diferencia entre estado y derecho: el estado produce las normas que otorgan el derecho subjetivo, y luego el mismo estado se sujeta a esas normas, respetando el derecho subjetivo, que no es más que "reconocimiento" de la personalidad natural del hombre). Notoriamente: el sujeto a las normas —en el sentido de sujeción=atadura— se percibe a sí mismo como sujeto, ahora en el sentido de "hacedor", "autorizado". La "obligación", la *amenaza* que se cierne sobre él, por virtud del discurso del derecho moderno, por ese particular efecto de sentido, se le aparece al individuo como "autorización"; con ese sugestivo y democrático nombre de *derecho subjetivo*.

Estamos en la parte IV del libro. El tema específico del estado aparece recién en la parte VI. Pero para entonces, los elementos necesarios ya han venido siendo dados por Kelsen. Inmediatamente después del tratamiento del derecho subjetivo, trata una cuestión aparentemente de interés exclusivo de los juristas: la capacidad. Bajo este rubro los estudiantes de derecho aprendemos, para que jamás se nos olvide, que *capacidad* es, junto con el nombre, el domicilio y algo tan personal como el estar o no casado, un *atributo de la personalidad*. Este es otro

[6] Vernengo, Roberto J., "Obligación y contrato" en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 75.

mito que ha de caer antes de hacer aparecer el estado como fenómeno mental. Kelsen dice que

> La capacidad es, básicamente, capacidad para efectuar negocios jurídicos. Pero también suele abarcar la capacidad de influir, mediante demandas y recursos, en los procedimientos judiciales (capacidad procesal), (*TPD*, p. 158).

Esto parece muy "jurídico", en el sentido que "jurídico" tiene para los sociopolitólogos: algo que no tiene mucho que ver con el estado y el ejercicio del poder: un tema inexistente en una teoría del estado producida en sede politológica. Sin embargo, cumplir negocios "jurídicos", es decir conforme a las normas, y luego participar en el control de ellos a través de la participación en los procesos judiciales que controlan que todo marche "como debe ser" es precisamente como se reproduce el poder del grupo o clase en el poder: es la *forma específica* como se ejerce el poder. Kelsen muestra que este facultamiento denominado "capacidad", en su dimensión procesal, es

> ...un poder conferido por el orden jurídico para participar en la producción de la norma jurídica individual establecida en la sentencia judicial, (*idem*).

Pero ahora adviértese que este "poder", "acordado" por el estado,

> ..es esencialmente del mismo tipo que la función de un órgano legislativo facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas, y que las funciones de los órganos judiciales y administrativos, facultados por el orden jurídico para producir, en aplicación de normas generales, normas jurídicos individuales, (*TPD*, p. 160).

No hay diferencia esencial entre el poder adjudicado a los individuos que pasan así por "privados" y el poder adjudicado a los funcionarios. Siempre se trata de adjudicación de legitimación para actuar a *ciertos individuos*. Lo diferente, puede ser la *amplitud* del efecto de su actuación: para los funcionarios el efecto de

su actuación legitimada por las normas puede abarcar al conjunto de la comunidad, mientras que el efecto de la actuación permitida al individuo "privado", está restringido al propio sujeto o, en el mejor de los casos, al *subgrupo* constituido por la actuación autorizada de los participantes en el contrato. Aunque a veces puede suceder que sólo en apariencia la acción de los ciudadanos reduce sus efectos a quienes han participado en ella, como en un contrato; porque bien podría decirse que los contratos, o al menos algunos contratos, involucran a toda la comunidad, por ejemplo en el sentido de que todos están obligados a respetar lo convenido por las partes. Hay aquí otro mito que debe caer: la distinción entre lo público y lo privado.

Ahora bien; si no hay diferencia esencial entre la capacidad de un individuo privado y un funcionario, si en ambos casos se trata de "capacidad", es decir, de legitimación de un actuar, ¿por qué la doctrina tradicional formula esta diferencia entre ciudadano común y funcionario? Esta diferencia, dice Kelsen,

> no puede provenir del contenido de sus funciones. Puesto que el contenido de la función es, en ambos casos, el mismos, a saber: producción de normas jurídicas, (*TPD*, p. 160).

Tiene que provenir de otra parte:

> ...sólo puede provenir de que en el concepto de órgano que aquí se utiliza, es decisivo otra cosa que el contenido de la función, (*TPD*, p. 161).

Es decir, esta diferencia proviene de que se oculta la "función" desarrollada por el funcionario o el ciudadano, de manera que aparece otro mito: la personificación del estado. Lo que la doctrina tradicional —como gusta decir Kelsen— oculta, utilizando un concepto de órgano que no hace referencia a la *función*, sino a alguna otra cosa, es que lo que constituye a un individuo como órgano es la *función* que cumple, y que ésta está establecida en una norma, es decir, en un discurso legitimador; y que, por tanto, no tiene ninguna realidad y que su legitimidad depende de la aceptación generalizada de la *Grundnorm* que funda el sistema

jurídico que lo inviste como funcionario. Veamos cómo sucede esto.

4. El órgano o funcionario estatal

> Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser atribuida[7] a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del individuo que actúa como su órgano. Hay en esto una ficción puesto que no es la comunidad, sino un individuo humano el que ejerce la función, (*TPD.*, p. 161).

He aquí la cuestión: el estado es una ficción por virtud de la cual fingimos que hay una persona —el estado, precisamente— que "actúa" a través de la conducta de un individuo al que le decimos "funcionario". Pero es por virtud de un acto mental, de un discurso, de un efecto de sentido, que lo que hace cierto hombre sea acción del estado. Dicho de otra manera, el estado no existe fuera de estos hombres cuya acción "vemos" como del estado. Se trata de conductas humanas como las conductas de cualesquiera otros hombres; pero a *esas* conductas les *atribuimos*, por un acto mental, ser *distintas* de todas las demás conductas de todos los demás hombres; pero no son distintas en ningún sentido: es sólo por virtud del discurso jurídico que las constituimos en distintas: hemos *creado* el estado; hemos constituido una *ficción*. Y, además, le hemos otorgado poder sobre nosotros. Aquí hay que agregar toda la teoría kelseniana de la ficción de la *Grundnorm*, para que quede completo el gran cuadro del gran fetiche: a través de un acto mental de *imputación* o *atribución*, hemos puesto

[7] "En escritos anteriores he designado a la operación intelectual de que se trata como 'imputación'. Pero como con esa palabra sobre todo se designa la conexión normativa de dos hechos, análoga a la conexión causal, tuve que distinguir la imputación de una función a la comunidad como imputación 'central', de la conexión normativa entre dos hechos, como imputación 'periférica'. Esta terminología no es muy satisfactoria, y lleva a equívocos. Limito, pues, ahora el uso de la palabra 'imputación' al enlace normativo entre dos hechos", (*TPD*, p. 161, nota. 93).

ciertas conductas de ciertos hombres aparte de las nuestras, y les hemos adjudicado poder sobre nosotros al "reconocer" —fingir, en esto consiste la *Grundnorm*— en ellos a la "autoridad" a la que, si bien hemos creado nosotros mismos, ahora le entregamos poder sobre nosotros. Es así como el estado es ideología. Y es por eso que veo en Kelsen la teoría del estado paralela a la teoría marxiana del fetichismo de la mercancía. Veámoslo más de cerca, dentro de esta presentación kelseniana, que, repito, está pensada como exposición de la normatividad más que con la intención de exponerlo como una teoría del estado:

> ...es el concepto de función orgánica —no el de órgano— el que capta, especialmente en el terreno de la ciencia jurídica, la situación objetiva esencial. En el concepto de órgano aparece el sujeto, el 'portador' de la función, es decir, el elemento personal de la conducta, que es quien cumple la función, función que, como toda conducta humana, está integrada por un elemento personal y un elemento material, involucrando así al elemento personal. El concepto de órgano, como portador de una función distinta del portador, es un concepto sustancial, y en cuanto tal utilizable con conciencia de que, desde el punto de vista del conocimiento científico, la sustancia se reduce a la función. En el concepto de órgano, como portador de la función, el elemento personal es escindido del elemento material, e independizado, aunque aquél esté inseparablemente ligado a éste. Sólo con esa advertencia puede recurrirse al concepto de órgano como un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema, (*TPD*, p. 162).

Como se ve, de lo que se trata es de no caer en la trampa del lenguaje ordinario que, tras la palabra "órgano", hace aparecer al *portador* de la función, al individuo. Es necesario evitar el lenguaje "sustancialista", mitificador. La palabra "órgano" hace aparecer al individuo que porta la función, como si esa función lo constituyera como individuo; como si la función fuera de él, haciendo olvidar que sólo le es *atribuida* por el lenguaje.

Se trata a mi juicio del mismo tipo de problema denunciado por Marx como fetichismo de la mercancías. El lenguaje hace aparecer al sujeto como "comerciante", como intercambiador; cuando en realidad es tal porque porta *mercancías*, no al revés;

no es que la cosa sea mercancía porque es vendida; es que, *porque es mercancía*, el portador está obligado a actuar como sujeto mercantil. Lo que pasa, dice Marx, es que las mercancías no pueden ir solas al mercado, y necesitan de un "portador".

De la misma manera, la comunidad necesita reprimir las conductas antisociales, y es por ello que necesítase un giro lingüístico que permita pensar la acción de un miembro de la comunidad como no siendo de él, sino perteneciendo su acción a esta ficción llamada "estado". Pero no es que la acción sea del estado porque la cumple el funcionario; sino que éste es tal porque produce la acción que el derecho le ha impuesto.

Ahora bien, el efecto de sentido producido por este giro lingüístico consigue algo más: hacer aparecer al estado como algo *fuera* de los hombres y puesto por *encima* de ellos, como quien posee *por sí*, en su calidad de hombre, por alguna particularidad especial, como haber sido elegido para ello, por ejemplo, la capacidad de gobernarnos. Pero en realidad no es así: su capacidad de gobernarnos, y por tanto de ser "órgano", no le pertenece como epíteto, sino en calidad de "atribución imputativa", como calidad adquirida por efecto del discurso jurídico. La capacidad para gobernarnos de quien ha sido elegido para ello, no proviene de la elección, como si la elección le hubiera adjudicado una virtud mágica que antes no tenía; lo que lo constituye como tal es que cumple la función establecida en la ley.

La desfetichización se produce cuando evitamos el lenguaje "sustancialista" —como dice Kelsen—, o bien cuando usamos la palabra "órgano" con la clara conciencia de lo que en realidad designa, y lo utilizamos como "un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema".

Se comprende así fácilmente por qué el firme rechazo de Kelsen a cualquier forma de organicismo respecto de la teoría del estado: todas las concepciones del estado como órgano viviente, y por ello mismo, como "nación", como un ente "nacional" con vida propia —en América Latina el populismo y los fascistas, siempre tan buenos amigos, gustan hablar del proceso de "creación del ser nacional"—, conducen el fetichismo del estado hasta sus más ardientes desvaríos; al mismo lugar donde arribó el nazismo, el fascismo y otras lacras contemporáneas, donde los

ciertas conductas de ciertos hombres aparte de las nuestras, y les hemos adjudicado poder sobre nosotros al "reconocer" —fingir, en esto consiste la *Grundnorm*— en ellos a la "autoridad" a la que, si bien hemos creado nosotros mismos, ahora le entregamos poder sobre nosotros. Es así como el estado es ideología. Y es por eso que veo en Kelsen la teoría del estado paralela a la teoría marxiana del fetichismo de la mercancía. Veámoslo más de cerca, dentro de esta presentación kelseniana, que, repito, está pensada como exposición de la normatividad más que con la intención de exponerlo como una teoría del estado:

> ...es el concepto de función orgánica —no el de órgano— el que capta, especialmente en el terreno de la ciencia jurídica, la situación objetiva esencial. En el concepto de órgano aparece el sujeto, el 'portador' de la función, es decir, el elemento personal de la conducta, que es quien cumple la función, función que, como toda conducta humana, está integrada por un elemento personal y un elemento material, involucrando así al elemento personal. El concepto de órgano, como portador de una función distinta del portador, es un concepto sustancial, y en cuanto tal utilizable con conciencia de que, desde el punto de vista del conocimiento científico, la sustancia se reduce a la función. En el concepto de órgano, como portador de la función, el elemento personal es escindido del elemento material, e independizado, aunque aquél esté inseparablemente ligado a éste. Sólo con esa advertencia puede recurrirse al concepto de órgano como un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema, (*TPD*, p. 162).

Como se ve, de lo que se trata es de no caer en la trampa del lenguaje ordinario que, tras la palabra "órgano", hace aparecer al *portador* de la función, al individuo. Es necesario evitar el lenguaje "sustancialista", mitificador. La palabra "órgano" hace aparecer al individuo que porta la función, como si esa función lo constituyera como individuo; como si la función fuera de él, haciendo olvidar que sólo le es *atribuida* por el lenguaje.

Se trata a mi juicio del mismo tipo de problema denunciado por Marx como fetichismo de la mercancías. El lenguaje hace aparecer al sujeto como "comerciante", como intercambiador; cuando en realidad es tal porque porta *mercancías*, no al revés;

no es que la cosa sea mercancía porque es vendida; es que, *porque es mercancía*, el portador está obligado a actuar como sujeto mercantil. Lo que pasa, dice Marx, es que las mercancías no pueden ir solas al mercado, y necesitan de un "portador".

De la misma manera, la comunidad necesita reprimir las conductas antisociales, y es por ello que necesítase un giro lingüístico que permita pensar la acción de un miembro de la comunidad como no siendo de él, sino perteneciendo su acción a esta ficción llamada "estado". Pero no es que la acción sea del estado porque la cumple el funcionario; sino que éste es tal porque produce la acción que el derecho le ha impuesto.

Ahora bien, el efecto de sentido producido por este giro lingüístico consigue algo más: hacer aparecer al estado como algo *fuera* de los hombres y puesto por *encima* de ellos, como quien posee *por sí*, en su calidad de hombre, por alguna particularidad especial, como haber sido elegido para ello, por ejemplo, la capacidad de gobernarnos. Pero en realidad no es así: su capacidad de gobernarnos, y por tanto de ser "órgano", no le pertenece como epíteto, sino en calidad de "atribución imputativa", como calidad adquirida por efecto del discurso jurídico. La capacidad para gobernarnos de quien ha sido elegido para ello, no proviene de la elección, como si la elección le hubiera adjudicado una virtud mágica que antes no tenía; lo que lo constituye como tal es que cumple la función establecida en la ley.

La desfetichización se produce cuando evitamos el lenguaje "sustancialista" —como dice Kelsen—, o bien cuando usamos la palabra "órgano" con la clara conciencia de lo que en realidad designa, y lo utilizamos como "un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema".

Se comprende así fácilmente por qué el firme rechazo de Kelsen a cualquier forma de organicismo respecto de la teoría del estado: todas las concepciones del estado como órgano viviente, y por ello mismo, como "nación", como un ente "nacional" con vida propia —en América Latina el populismo y los fascistas, siempre tan buenos amigos, gustan hablar del proceso de "creación del ser nacional"—, conducen el fetichismo del estado hasta sus más ardientes desvaríos; al mismo lugar donde arribó el nazismo, el fascismo y otras lacras contemporáneas, donde los

hombres siempre terminan siendo simple ocasión para grandilocuentes palabras como "nación", "clase", "partido", "interés nacional", "supremos intereses del país", "pueblo" y otros vocablos, detrás de los cuales suele esconderse la siniestra cara de los dictadores.

5. *El funcionario y el ciudadano en el lenguaje común*

Si, finalmente, resulta funcionario todo miembro de la comunidad que cumple una acción establecida por el estado, es decir, por el derecho, resulta entonces que todos somos "órganos"; incluso cuando se cometen delitos. Este "panorganicismo" kelseniano resulta de la mayor importancia, y constituye un desafío a la distinción gramsciana entre sociedad civil y sociedad política.

Resulta que cada vez que un miembro de la comunidad produce una conducta con la cual contribuye a la reproducción de ésta, acción que siempre el derecho propone como debida puesto que precisamente *reproduce* el orden establecido, está realizando una "función". Sin embargo, en el lenguaje común tal función no es *atribuida* al estado a menos que éste haya investido al sujeto como "funcionario". De allí la distinción entre ciudadano común y funcionario estatal. Empero, dice Kelsen, hasta

> ...el individuo que cumple con su obligación jurídica, que ejerce un derecho reflejo o utiliza una permisión positiva, puede ser considerado órgano jurídico, (*TPD*, p. 164).

A primera vista pareciera un esfuerzo teórico para probar que todo es estado, para enjaularnos en el derecho. Sin embargo se trata de otra cosa: se trata de mostrar que el poder está por todas partes en su discurso específico: la norma. Se trata de la constante denuncia kelseniana de todo poder, y por tanto, de todo derecho. Es un llamado de atención sobre la trampa del lenguaje común que nos hace creer que como ciudadanos somos libres y que nos diferenciamos del funcionario constreñido a cumplir la ley. Pero, ¿es esto cierto? ¿Está el derecho por todas partes? ¿Significa que "todo es derecho"? En realidad, no debería produ-

cir esto ningún escozor: efectivamente, el discurso prescriptivo está en todas partes. Y en toda sociedad conocida, algunas conductas son investidas por ese discurso normativo, como pertenecientes, no a quien las produce, sino a toda la comunidad.

> Cuando en un orden normativo ciertas funciones determinadas no pueden ser desempeñadas, conforme al orden, por cualquier individuo sujeto al mismo, sino solamente por ciertos determinados individuos calificados, tenemos una división funcional del trabajo... Las comunidades que cuentan con 'órganos' son denominadas comunidades 'organizadas'... Toda comunidad necesita tener órganos, aunque no funcionen con división del trabajo... Cuando un orden normativo determina que ciertas funciones por él previstas pueden ser desempeñadas, bajo determinadas condiciones, por cualquiera de los individuos sometidos a ese orden, todo individuo puede ser visto, al ejercer la función para que se le faculta, como órgano... Pero en el uso lingüístico dominante, los individuos que desempeñan funciones sin división del trabajo, no son denominados 'órganos'..., (*TPD*, p. 164).

Es decir, lo que caracteriza el estadio llamado "estado" es la aparición de funcionarios que actúan en virtud de una división del trabajo, *monopolizando* la represión y detentando los bienes de la comunidad.

Sin embargo, el hecho de la aparición de estos personajes no es más que una cambio "técnico" para Kelsen. Se trata de una técnica social, instalada en la región de la ideología, que es el discurso jurídico, que no altera esencialmente la situación de toda comunidad, en la medida en que en toda comunidad existe un orden que atribuye legitimidad a ciertas conductas. La aparición de funcionarios separados de la comunidad, con todo lo que puede significar para la sociedad, de todos modos no es, en esencia, otra cosa que un cambio técnico; es una nueva técnica de control social: ahora ya no cualquier miembro de la comunidad podrá producir esas conductas, sino sólo algunos de ellos.

Dicho de otra manera, en la sociedad moderna existe una utilización del lenguaje según la cual algunos miembros son "funcionarios", mientras otros son "ciudadanos", sin que, esencialmente, haya diferencias entre las funciones que unos y otros

cumplen. Ambos, digamos nosotros, cumplen la tarea de reproducir la sociedad tal cual es.

Esta concepción, que puede llamarse "ampliada" del estado, no sólo no es extraña al marxismo, sino que es uno de los aportes gramscianos más sugestivos. Permítanseme estas citas:

> ...en realidad, todo elemento social homogéneo es 'estado' representa al estado, en la medida en que concuerda con su programa; si no se ve eso, se confunde el estado con la burocracia estatal. Todo ciudadano es 'funcionario' si es activo en la vida social según la orientación trazada por el estado—gobiernc, y es tanto más 'funcionario' cuanto más coincide con el programa estatal y lo elabora inteligentemente, (*Antol.* p. 314).

Adviértase: no hay que confundir "estado" con el grupo de funcionarios u "órganos". Todo ciudadano es funcionario si participa en la vida social según la orientación trazada por el estado-gobierno. ¿No es eso lo mismo que decir que todos somos funcionarios cuando cumplimos las normas?

> *Estatolatría*. Actitud de todo grupo social respecto de su estado. El análisis no sería exacto si no se tuviera en cuenta la duplicidad de formas en la cual se presenta el estado en el lenguaje y la cultura de las épocas determinadas, o sea, como sociedad civil y como sociedad política, como 'autogobierno' y como 'gobierno de los funcionarios'. Se da el nombre de 'estatolatría' a una determinada actitud respecto del 'gobierno de los funcionarios' o sociedad política, que, en el lenguaje común, es la forma de vida estatal a la que se da el nombre de estado y que vulgarmente se entiende como la totalidad del estado,. (*Antol.* p. 315).

Es totalmente "kelsenista" la concepción de la sociedad civil como "autogobierno", y del estado como "gobierno de los funcionarios". Lo que Gramsci llama aquí *sociedad civil* constituye aquello a lo que Kelsen, como hemos venido viendo, se refiere cuando dice que "hasta el individuo que cumple con su obligación jurídica... puede ser considerado órgano jurídico". Y lo que Gramsci llama en este texto "gobierno de los funcionarios" no es

otra cosa que la división funcional del trabajo a la que se refiere Kelsen.

6. *El estado como fenómeno ideológico de imputación*

La palabra "imputación", que aparece en distintos textos kelsenianos, designa un hecho en virtud del cual se asigna una idea a una cosa; con la particularidad de que esa "cosa" existe precisamente por virtud de este acto mental. La "imputación" es un fenómeno ideológico "creador", y existente, desde luego, en el lenguaje. Produce un efecto de sentido específico: crea una "relación". En tres contextos encuentro que, cuando menos, se utiliza este término en Kelsen:

- Por oposición a *causalidad*.
- En el derecho penal
- En la atribución a la comunidad, de conductas de individuos.

6.1. *Causalidad e imputación*

Este es un tema al que Kelsen le ha dado vueltas de todas las maneras posibles. La última formulación es la que aparece en *Teoría General de las Normas*:

> Causalidad e imputación... son dos diferentes modos de un nexo funcional, dos diferentes modos en los cuales dos cuestiones de hecho son ligadas una con otra como condición y consecuencia. La diferencia entre ambos consiste en la circunstancia de que la imputación (esto es: la relación entre una conducta determinada como condición y la sanción como consecuencia descrita en una ley moral o jurídica) es producida por un acto de voluntad, cuyo sentido es una norma, mientras que la causalidad (esto es: la relación entre causa y efecto descrita en una ley de la naturaleza) es independiente de toda y cualquier intervención, (*TGN*, p. 32, cap. 7, II).

En *TPD* aparece también como una cuestión ideológica. Quiero decir, como una forma de hablar acerca del mundo; no como si se tratara de dos órdenes de la realidad, como podría leerse en trabajos anteriores, cuando la cuestión aparece como la diferencia entre naturaleza y sociedad, o entre ser y deber ser. Si en algún momento hubo confusión, los últimos textos kelsenianos no dejan lugar a dudas: se trata de una diferencia que da cuenta del modo como nos dirigimos a la realidad. Podemos hacerlo conectando hechos de manera que pensamos que en esa conexión no interviene el pensamiento, y podemos hacerlo con la clara conciencia de que esa conexión es creada por el pensamiento. Cuando conectamos un efecto con una causa, no atribuimos al pensamiento la existencia de esa conexión. Cuando conectamos una sanción con una conducta, sabemos que esa sanción puede no existir si una norma no la establece.

6.2. *La imputación en el derecho penal*

Kelsen es expreso en esta diferencia que quiere hacer:

> Podemos designar el enlace específico de hecho y consecuencia con el nombre de 'imputación', distinguiéndolo así con toda pulcritud, incluso desde el punto de vista terminológico, de la 'causalidad', que es el enlace de elementos dentro del sistema de la naturaleza. Este concepto de imputación, propio de la teoría jurídica, no es en modo alguno idéntico con el principio de la imputación formulado por la Política del Derecho, de tan fecunda aplicación en el Derecho Penal, (*TGE*, p. 64).

Sin embargo, no me parece clara esta diferencia que quiere establecer Kelsen en este caso. De todos modos, la idea que nos interesa aquí es la que sigue.

6.3. *El estado como "imputación"*

Lo que llamamos estado no es más que la personificación del orden jurídico, dice Kelsen. Simplemente, le atribuimos —"imputamos"— a un ente ficticio, al que le damos el nombre de estado,

ser el sujeto de ciertas acciones que producen unos hombres concretos, a quienes, precisamente por realizar esas acciones, les llamamos "funcionarios". El estado, por tanto es el resultado de un acto mental de imputación. Nos detendremos en este uso del concepto.

El mejor acceso a esta idea es a través de la pregunta ¿cómo reconocemos una acción estatal? más que de la pregunta ¿qué es el estado?

> La pregunta de si determinada conducta, en especial, un acto determinado, una determinada función es conducta estatal, un acto estatal o una función estatal, es decir, si es el estado el que realiza un acto ... no es una pregunta dirigida a verificar la existencia de un hecho, como si se tratara de la pregunta de si determinado hombre ha realizado determinada acción. Si la pregunta tuviera ese sentido, jamás podría recibir respuesta afirmativa. Puesto que de hecho, nunca es el estado, sino sólo siempre un hombre determinado, el que actúa ... Sólo cuando el estado ... es representado como una realidad diferente del hombre, como una suerte de superhombre, es decir, cuando la construcción auxiliar de la personificación ha sido hipostasiada, puede la pregunta por la existencia de un acto estatal ... tener el sentido de una pregunta dirigida a averiguar la existencia de un hecho ... Pero como el estado, como persona activa, no es una realidad, sino una construcción auxiliar del pensamiento jurídico, la pregunta de si una función es una función estatal, no está dirigida a verificar la existencia de un hecho. Si se la formula y responde con ese sentido, estará equivocadamente planteada y erróneamente contestada. Por su sentido sólo puede estar correctamente formulada si se pregunta si y bajo qué condiciones la función desempeñada por determinado hombre puede ser atribuida al estado. (*TPD*, p. 295).

Es decir, la pregunta acerca de si el estado mexicano, por ejemplo, destina o no cierta suma a la educación pública, está mal planteada desde el punto de vista de la ciencia que estudia el estado. Esa sería una pregunta por un *hecho*, sociológica por tanto, que se contestaría con una investigación acerca de ciertos movimientos producidos por un individuo respecto de ciertos fondos depositados en el banco nacional. Pero, si luego de comprobar que efectivamente cierta persona hizo tales movimientos ban-

carios, decimos que el estado invirtió esa suma en educación, lo hacemos solamente porque hemos dado por supuesto, en un acto mental previo, no aparente, que lo que ese individuo hace es hecho por el estado. Y de ese modo hemos hablado del estado como un superhombre, como algo más que ese individuo que cumplió el acto económico.

Ahora bien, si, a pesar de todo, decimos que ése fue un acto del estado, es porque utilizamos el concepto "estado" como una construcción auxiliar que nos permite interpretar lo que ese individuo hizo, como aquella acción "estatal". Por tanto, la pregunta por el estado es la pregunta acerca de cómo sabemos que lo que cierto individuo hace es acción del estado. Dicho de otra manera, no hay que preguntar qué es el estado, sino cómo lo reconocemos. Entonces el problema de la esencia del estado es un problema de "reconocimiento". Por eso es que el estado es "superestructura", esto es, fenómeno de la región de las ideologías.

Una vez que sepamos cómo se reconoce el acto estatal, sabremos qué es el estado. Y la propuesta de Kelsen es que sabemos que la acción de ese individuo es atribuible al estado, porque ese individuo estaba obligado a realizar ese acto en virtud de una norma jurídica. Y es por virtud de esta respuesta, que el estado puede ser, finalmente, definido como un orden coactivo; y es por eso que estado y derecho son lo mismo. Como se ve, se arriba al concepto de estado a través de la pregunta acerca de cómo se reconoce que cierta acción humana es "estatal".

Este "reconocimiento" de la acción humana como acción del estado, es lo que Kelsen llama *imputación atributiva*. Lo que ha sucedido es que, por un procedimiento mental, denominado *imputación*, hemos *atribuido* a la acción de aquél individuo, el carácter de acción del estado. La hemos *visto*, *interpretado*, como acción del estado, *como si* fuese una acción de este ente ficticio, precisamente por virtud de este acto mental.

Esto conduce entonces a multitud de preguntas, porque a pesar de la contundencia del argumento —sólo una norma permite reconocer una acción humana como siendo "del estado"—, sentimos una profunda resistencia a aceptar las consecuencias: que la teoría del estado es una teoría *jurídica*; que la *Ciencia*

Política sin la consideración del derecho, no es una ciencia independiente de la *Sociología*; que estado y derecho son lo mismo; que un politólogo no puede definir el estado sin recurrir al derecho; que un politólogo que ignore el derecho no tiene cómo reconocer el objeto de lo que dice estudiar. Pero, principalmente, nos resistimos a aceptar que el estado es el orden jurídico; que el estado mexicano es el conjunto de normas que el gobierno consigue hacer aceptar —o imponer, es lo mismo— en un cierto territorio que, además, se define como mexicano, precisamente porque es la porción del planeta donde consigue hacer obedecer ese derecho.

Algunas de estas preguntas, dudas, o desafíos al pensamiento de Kelsen, son: ¿acaso el estado, por ser el resultado de un acto de imputación, es un fenómeno subjetivo, puesto que, en el mismo orden de ideas, sólo los individuos pueden realizar el acto de atribución? Entonces podría decirse que ciertos actos de ciertos individuos son actos del estado para aquellos que así lo consideren, pero podrían no serlo para otros individuos. En efecto, así es. Tanto como no existe sino la psicología individual, también el estado es el resultado de una multitud de actos individuales de reconocimiento o de imputación. Y, efectivamente, es posible que lo que para unos es acto del estado, porque reconocen como tales a las normas que así lo indican, para otros no sean actos del estado porque no reconocen como normas las que los otros sí. Es un frecuente fenómeno de doble poder. Otra: si la acción de un individuo sólo puede ser reconocida como del estado por la comparación con una norma, pero si el acto de ese individuo resulta ser una orden, esto es, una norma, ¿no estamos frente a una petición de principios en la que las normas que permiten reconocer las conductas de algunos individuos como mandadas por esas normas, son normas producidas por esas mismas personas que luego son "estado" por virtud de ellas? En efecto, eso es lo que Kelsen nos muestra: que las normas que permiten reconocer los actos de los funcionarios como actos del estado, son normas dictadas por ellos mismos, por los mismos que, invocando esas normas que ellos dictan, se presentan como "estado", legitimando así sus actos a través de las normas que nos imponen. Precisamente eso es lo que denuncia Kelsen: que las normas

son el escudo de quienes las dictan, que el derecho esconde la voluntad de dominio, que es mentira que hay algo, que sería el estado, que dicta normas a las que luego se sujeta. Bien mirado, si todo esto es lo implicado en la teoría kelseniana, no resulta difícil entender por qué es tan poco aceptada ¿A quién le convendría? No resulta inexplicable que los juristas apologetas del estado tomen al Kelsen "puro" o "apolítico"; no resulta extraño que Kelsen ingrese a las escuelas de jurisprudencia como "metodólogo" del derecho, y que en esas mismas facultades no se enseñe en las cátedras de *"Teoría" del Estado.*

Pero si todo esto es difícil de aceptar, lo es mucho más ver el estado como un acto de y en *el lenguaje.*

7. *El estado como acto del lenguaje.*

> En relación con el problema de los órganos comunitarios en general, y de los órganos estatales en particular, debe recalcarse una vez más que se trata, con ello, en buena parte, de un problema referente a los usos del lenguaje, y que éstos no son consistentes, (*TPD*, p. 168).

Se trata de un problema de uso del lenguaje, porque, en definitiva, la imputación, que es un acto del pensamiento, existe en algún lenguaje. Pero además, estos usos lingüísticos no son consistentes porque no siempre señalan a las funciones comunitarias como pertenecientes a la comunidad. Por ejemplo, dice Kelsen, no se dice que un diputado es un funcionario, ni se dice que es el estado el que cometió el delito cuando un funcionario omite producir la conducta obligatoria. Es que los usos lingüísticos son mitificadores. En el primer caso, porque se supone que los diputados crean leyes a las cuales deben sujetarse los funcionarios. Da la impresión así, de que es distinto producir leyes que aplicarlas, de que los funcionarios hacen "lo que deben", obedecen la ley dictada por otro, que serían los representantes del pueblo. En el segundo caso, porque el estado, que "quiere" lo bueno y lo justo no puede "querer" el delito cometido por su "empleado". El lenguaje hace surgir así un ente, el estado, que "hace" leyes, cuando en realidad las leyes son el estado. Hace

surgir la idea de un ser que existe más allá de los propios funcionarios, y por tanto los castiga, cuando en realidad no hay estado más allá de las funciones jurídicas.

El uso del lenguaje es también lo que constituye la diferencia entre lo público y lo privado puesto que de él depende que una función sea vista como del estado o no.

> En los usos jurídicos del lenguaje, con todo, el concepto de órgano es empleado en un sentido más limitado aún que el que se acaba de exponer. No toda conducta determinada por el orden jurídico, no calificada como ilícita, es atribuida a la comunidad de derecho ... no todo individuo que cumple semejante función, es denominado órgano en este sentido más estricto. Su conducta solamente es atribuida como función a la comunidad de derecho, y el individuo que cumple la función sólo es designado 'órgano', cuando ese individuo está caracterizado de determinada manera, (*TPD*, p. 164).

Según esto, lo que especifica al funcionario, es decir, lo que lo diferencia del ciudadano, es el "estar caracterizado del alguna manera". Las caracterizaciones "de los individuos designados por el uso lingüístico—jurídico como 'órganos' de la comunidad" (p.165), pueden ser "naturalmente" dadas —como cuando se establece que ciertas conductas sólo pueden ser realizadas por los herederos de cierto linaje—, o bien provenir de un "nombramiento", que no es otra cosa que un discurso autorizado en una norma. Esto significa que lo que permite producir ese acto lingüístico en que consiste la atribución, es otro acto lingüístico en que consiste el nombramiento. Que a su vez es realizado en cumplimiento de otro acto lingüístico que es en lo que consiste la norma. Y, desde luego, podemos seguir diciendo lo mismo de la norma, que fue pronunciada por quien estaba designado para ello según otro acto lingüístico y así hasta —casi— el infinito. La cuestión está, entonces, en la designación:

> Si se investiga ese uso lingüístico, y se pregunta por cuál sea el criterio conforme al cual, en ese uso lingüístico, se atribuye una función como función orgánica a la comunidad jurídica, aparece la tendencia a atribuir a la comunidad solamente una función, y por

> tanto, a designar solamente como 'órgano' comunitario al individuo que la cumple, cuando ese individuo ha sido nombrado... para la función, (*TPD*, p. 166).

El lenguaje ha cumplido entonces la tarea de indicar quién desempeñará esas conductas que serán adjudicadas al estado. En un segundo momento, el uso lingüístico determinará cuáles conductas de esos individuos serán adjudicadas al estado. Es que la actividad del estado está determinada por la atribución imputativa, que es un acto del lenguaje:

> Dado que el problema del estado, como persona activa, es un problema de atribución imputativa, y dado que esa atribución se expresa en el uso del lenguaje, cuando se trata de responder a la pregunta de si determinada función es una función del estado, corresponde primeramente establecer si, en ese uso del lenguaje, esa función puede ser atribuida al estado, (*TPD*, p. 296).

O sea que ¡todo depende de si se usa o no se usa decir que cierta función es "del estado"! O sea que depende del lenguaje la extensión de lo que cubre el término "estado". Ciertamente, hay funciones que nadie dirá que no son estatales, principalmente las que realizan los miembros del poder ejecutivo. Pero, sugestivamente, precisamente muchos sociopolitólogos no consideran dentro de su objeto de trabajo los actos del poder judicial. Y esto no puede ser por ignorancia, sino porque los jueces no integran *su* concepto de estado. Esto demuestra, a mi juicio, que Kelsen tiene razón: que todo depende del lenguaje. En este caso, de la "definición" de la categoría *estado*. Y esta definición se ha producido, no por alguna razón teórica importante, sino exclusivamente por un uso especial de la palabra "estado" que no incluye, simplemente, otros actos que los del poder ejecutivo. Por eso dice Kelsen que el uso del lenguaje es, en este punto, inconsistente:

> El uso lingüístico, sin embargo, no es uniforme ni consecuente. Por lo general se representa la legislación —para volver a la cuestión de si constituye una función del estado— como una función del estado, es decir, se la atribuye al estado. Pero hay autores que no

> lo hacen... yerran si pretenden afirmar así que la legislación, a diferencia de otras funciones, no es efectivamente realizada por el estado; éste podría ciertamente celebrar tratados, castigar delincuentes, explotar ferrocarriles, pero no podría hacer leyes, (*idem*).

Pero, ¿por qué hay quienes insisten en este "uso del lenguaje", y no se trata de hablantes comunes sino de "científicos"? Kelsen lo deja entrever en la página siguiente: aceptar lo contrario, es decir, aceptar la teoría kelseniana, significa desfetichizar completamente el concepto de estado: la tesis kelseniana

> ... destruye la representación enteramente equívoca de la persona del estado como una sustancia diferente del derecho..., (*TPD*, p. 298).

¿Qué es lo ocultado por esta "representación enteramente equívoca"? Dicho de otra manera, ¿porqué la negativa a considerar al poder legislativo o al judicial como objetos de estudio del politólogo? Y, como contrapartida de parte de los juristas ¿por qué la negativa a considerar la producción de normas y su aplicación como actividades políticas? En ambos casos existe la creencia de que "lo político", el estado, está constituido por aquello que más inmediatamente se presenta como *acción*, que es la "actividad" del poder ejecutivo, de lo que se denomina *administración*. Mientras que, por el contrario, un análisis prolijo revela que "administrar" no es otra cosa que la producción de una larga cascada de normas que baja del presidente hasta el último ordenanza. Existe, entonces, un mito. Es el mito de la diferencia entre lo público y lo privado, entre derecho público y derecho privado.

> Si se investiga el uso lingüístico considerado, es decir, si se intenta establecer bajo qué condiciones el lenguaje jurídico atribuye cierta funciones determinadas por el orden jurídico ... resulta que, en general, sólo se atribuye al estado la función ... cuando es desempeñada por un individuo que trabaja con división del trabajo..., (*TPD*, p. 297).

Con ello se oculta que todo individuo que cumple una norma cumple una función estatal. Y con este ocultamiento, queda permitido utilizar la palabra "estado" para designar sólo al cuerpo de funcionarios, al grupo de individuos, dejando de lado *la función*. El estado ha quedado, no sólo personificado, sino *identificado* con un grupo determinado de individuos. De parte de los juristas, es entendible: se trata de hacer aparecer la función judicial como acción "de la justicia", que es imparcial respecto de cualquier avatar político. Y la legislación, como la producción de "lo justo" que debe ser obedecido. Pero de parte de los sociopolitólogos, no se justifica de ninguna manera. Sólo consiguen con ello una ciencia coja, que olvida los lugares donde se justifica el poder: en la producción de la palabra, y en su ratificación; en la producción de la ley y en su aplicación.

Con este uso restrictivo de la palabra "estado", que señala sólo a la administración, a los funcionarios del poder ejecutivo,[8] ha quedado producida la idea de "lo público", como diferente de "lo privado", ocultando, al mismo tiempo, que estado es el orden coactivo total, que cubre a todos los individuos participantes en la comunidad y no sólo a los funcionarios.[9] Ha quedado oculto que toda acción permitida u obligatoria es función del estado, y ha quedado oculto que el estado coincide con el orden jurídico; que no es una "cosa", que no es una "persona", que no "actúa". Ha sido una trampa del lenguaje, confirmada por las pseudo ciencias políticas.

La trampa de los usos lingüísticos que virtualmente crean el estado, sólo puede ser desactivada por lo que Kelsen llama "exposición científica", que desde el punto de vista de los lingüistas

[8] Nótese que es posible incluir en la definición de "estado" a los jueces; pero es posible luego no incluirlos en el estudio, con un resultado igualmente raquítico desde el punto de vista científico, y mitificador desde el punto de vista político. Seguramente habrá muchos sociopolitólogos que aceptarán decir que los jueces son "estado"; pero no por ello aceptarán necesariamente que lo que hacen es motivo de estudio de la "ciencia" que practican.

[9] Umberto Cerroni, desde el marxismo, ha insistido en que la diferencia entre lo público y lo privado es central para la teoría marxista del estado moderno.

y semiotistas se llama "análisis del discurso" y que desde el punto de vista marxiano es la *crítica* de la ciencia.

> La pregunta reside... en establecer bajo qué condiciones corresponde en una exposición científica del derecho, recurrir a la ficción que implica atribuir la función desempeñada por determinado individuo a una persona jurídica, o a otro individuo; o con otras palabras, bajo qué condiciones es científicamente legítimo utilizar conceptos tales como órgano, mandato o representación. Sólo lo es admitiendo que se tenga conciencia de la naturaleza de la atribución imputativa, y que con... el concepto de órgano... no se pretende decir más que la referencia de esa función a la unidad del orden jurídico... especialmente... que... con la noción de mandato o representación, no se pretenda decir sino que el individuo que ejerce la función está jurídicamente obligado o moral y políticamente obligado, a ejercer esa función en interés de los individuos, a los cuales, por eso mismo,... se les atribuye la función, (*TPD*, p. 304).[10]

Para que se trate, no de una pseudo ciencia apologética del estado, para que se trate de una *crítica jurídica*, es necesario la adopción de una teoría que provea de una clara visión de la esencia del estado: la ficción.

> ... porque la atribución de una función determinada en el ordeñ jurídico a la comunidad constituía por ese orden, sólo es una operación intelectual posible, pero no necesaria. El individuo que desempeña la función puede ser órgano de la comunidad jurídica, pero no lo es necesariamente, lo que equivale a decir que su función puede ser atribuida a la comunidad, pero no necesita serlo. La situación jurídica objetiva puede ser descrita sin auxilio de esa operación intelectual. Lo que para el conocimiento científico del

[10] Es curioso que Kelsen insista tanto en que su teoría es apolítica, habida cuenta de que toda su obra es una inmensa colección de ideas que trashuma una apasionada defensa de la democracia, habida cuenta de que cada una de sus doctrinas, como en este caso, tiene un referente político concreto. ¿Es posible que creyera que su ciencia sólo por casualidad coincidía con los intereses de todos los oprimidos del universo, los sufrientes del poder, las víctimas de los funcionarios arbitrarios, de los diputados traidores y los dirigentes sindicales vendidos?

> derecho realmente interesa, es una clara visión de la esencia de la atribución de esa función a la comunidad jurídica y, por ende, una clara visión en la esencia de la organicidad, (*TPD*, p. 168).

Adviértase qué distinto sería decir, en vez de "el estado ordenó o hizo tal cosa", decir "el presidente o el funcionario hicieron tal cosa", y que eso significara que lo hicieron en cumplimiento de sus promesas preelectorales o en violación de la ley. Pero si ese restablecimiento del sentido es imposible en el lenguaje común, que al menos los científicos no hablen del estado como si fuera otra cosa que una ficción. Lo que para el conocimiento científico interesa, es "una clara visión" de la "esencia de la organicidad"; esencia que no consiste en otra cosa que en la *ficción*.

Compárese esto con la doctrina —la última— de la *Grundnorm* para advertir la extraordinaria congruencia de Kelsen: la norma fundante de un orden jurídico, por tanto de un estado, es una *ficción*. No hay ningún derecho que legitime ningún poder. Toda legitimación no puede ser sino *política*, esto es, producto de la eficacia del discurso del gobernante. Del convencimiento, pues.

¿Hasta qué punto no ha convertido Kelsen la teoría del estado en una cuestión de lingüistas? En todo caso, seguramente la ha convertido en algo que va más allá de las frecuentemente estrechas miras de sociopolitólogos y juristas. Y, con seguridad también, ha dado contenido a las borrosas visiones marxianas del estado como "superestructura". Y de esta manera, las complicadísimas relaciones entre base e ideología se convierten en las también muy complicadas, pero más modernas e inteligibles, relaciones entre el discurso y su referente.

8. Kelsen y Marx: la desfetichización como objeto de la ciencia

Lo que me resulta más atractivo, tanto de Marx como de Kelsen, es esta preocupación por hurgar en esos recónditos parajes de la conciencia, donde los productos del hombre se vuelven contra él.

La denuncia marxiana del fetichismo de la mercancía es crucial porque muestra, principalmente, que el problema de la sociedad mercantil no se reduce a fenómenos económicos, sino que la cuestión se asienta en *cómo se presentan a la conciencia estos fenómenos*. Lo que Marx muestra al respecto, es que los hombres de la sociedad mercantil son prisioneros de cosas que ya no son cosas sino algo más, que son *valores*, que se imponen a su conciencia y a su voluntad, porque logran hacerlo por virtud de propiedades que han sido puestas en ellas por los hombres mismos. En eso consiste el fetiche: en la producción de algo a lo que luego se le atribuye mágico poder sobre su productor. Marx llamó a este proceso, en su juventud, *alienación*.

El pensamiento de Kelsen, pero respecto del estado, se mueve también como el de Marx. Kelsen advierte la similitud de las ideas de dios y de estado. Se parecen en que ambas han sido construidas por el hombre, pero luego se le aparecen a éste como algo distinto de sí, como una "cosa" objetiva, que tiene poder sobre él.

Claro que no es posible ignorar que la de Marx es una crítica de la sociedad capitalista, mientras que la de Kelsen es una crítica de *todo* estado, no sólo del capitalista. Sin embargo, la búsqueda, en ambos casos, es por los mismos rincones de la conciencia —o la inconsciencia. Y si bien no puede decirse que la de Kelsen es la conclusión lógica de la desfetichización marxiana de la mercancía, de todos modos me parece que el marxismo se enriquece con la adopción de este punto de vista kelseniano. Sin duda, puede decirse, lo ha dicho el propio Kelsen, en Marx existía una doble vertiente, la racionalista de Aristóteles-Hegel, y la anarquista-romántica de Rousseau y Proudhon, que lo llevaba tanto a ese subyacente antiestatalismo como a la promoción de la ineluctable dictadura del proletariado. Ciertamente, este Kelsen desmitificador del estado no puede tener qué ver con el Marx de la necesariedad histórica de la dictadura del proletariado. Pero también es cierto que muchos marxistas contemporáneos han confesado ya que, "dictadura, ni la del proletariado". Para estos marxistas, que no por renunciar a la creencia en la dialéctica se sienten obligados a renunciar a la desfetichización de la mercancía y a la crítica de la sociedad capitalista, este Kelsen no puede

ser sino el referente obligado, el teórico político más próximo a un marxismo libertario. Que es el único que merece pervivir.

Capítulo VII

EL ORIGEN Y LA DESAPARICIÓN DEL ESTADO

1. La dominación de funcionarios especializados como esencia del estado

En su celebérrimo libro, Engels dice que el estado aparece como resultado de la división del trabajo, que trae consigo la propiedad privada, la desigualdad social y, por ende, la lucha de clases, para lo cual resulta necesario un aparato de dominación de que se sirve la clase dominante. Esto en general. Pero para diferenciar un estado de una tribu, ejemplificado con los casos griego y romano, dice expresamente:

> Frente a la antigua organización gentilicia, el estado se caracteriza en primer lugar, por la agrupación de sus súbditos según *divisiones* territoriales. Las antiguas asociaciones gentilicias, constituidas y sostenidas por vínculos de sangre, habían llegado a ser, según lo hemos visto, insuficientes en gran parte, porque suponían la unión de los asociados con un territorio determinado ... El segundo rasgo característico es la institución de una *fuerza pública*, que ya no es el pueblo armado ... Esta fuerza pública existe en todo estado; y no está formada sólo por hombres armados, sino también por aditamentos materiales, las cárceles y las instituciones coercitivas de todo género, que la sociedad gentilicia no conocía ... Para sostener en pie esa fuerza pública, se necesitan contribuciones por parte de los ciudadanos del estado: los impuestos ... Dueños de la fuerza pública y del derecho de recaudar los impuestos, los funcionarios, como órganos de la sociedad, aparecen ahora situados por *encima* de ésta...[1]

[1] Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, en Marx K., y Engels, F., *Obras Escogidas*, Moscú, Progreso, 1978, pp. 344 y 345.

Como se puede leer en este texto, el estado se caracteriza por la existencia de *órganos* cuyo trabajo es dominar, pero con la particularidad de estar separados de los ciudadanos, o, si se quiere, con la particularidad de haberse *especializado* en esa tarea. Esto es, se trata de una capa social que actúa con división del trabajo, y cuya aparición señala la aparición del estado. Kelsen acepta este punto de vista general, aunque no sin reservas: puede aceptarse que la aparición de quienes están especializados en reprimir constituye un hito fundamental, siempre que no se vea en ello una diferencia *esencial* entre uno y otro tipo de poder, entre el poder tribal y el poder estatal.

La concepción del *funcionario* —u órgano— como aquello que caracteriza al estado, es también la de Max Weber:

> Una asociación de dominación debe llamarse asociación *política* cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un *ámbito geográfico* determinado, estén garantizados de un modo continuo por la amenaza y la aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo. Por *estado* debe entenderse un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física... Caracteriza hoy formalmente al estado el ser un orden jurídico y administrativo... por el que se orienta la actividad... del cuadro administrativo... [2]

Como se ve, se trata de una idea recurrente en la teoría del estado: el estado es un fenómeno que muestra la existencia de un grupo de hombres que, habiéndose conseguido separar de alguna manera del resto de los miembros de la sociedad, se especializan en la dominación: detentan la posesión de los medios materiales de represión. Anteriormente Max Weber ha dicho:

[2] Weber, M., *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp.43-45. En adelante, *EyS*.

> Un orden debe llamarse:... b) *Derecho*: cuando está garantizado externamente con la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión, (*EyS*, p. 27).

Si el estado es un orden jurídico, y éste se caracteriza por el hecho de que la coacción está ejercida por un cuadro de profesionales de la represión, tenemos, como en Kelsen, que: a) estado y derecho son lo mismo, y b) su característica central es el monopolio de la represión. Lo cual, a su vez, es lo que había dicho Engels.

2. *El origen del estado*

Respecto de la aparición del estado, Weber dice que

> ...es fluida. El caso límite de la garantía convencional de un orden, ya en tránsito hacia la garantía jurídica, se encuentra en la aplicación del *boicot* formalmente *organizado* y proclamado (en su amenaza). Esto, en nuestra terminología sería ya un medio de coacción jurídica. No nos interesa aquí el que la convención pueda estar protegida por otros medios además del de la *simple* reprobación ... lo decisivo es que aún en esos casos es el *individuo* el que emplea los medios represivos (a menudo drásticos) *y en méritos* precisamente de la reprobación convencional, pero no un *cuerpo de personas* encargado de esa función...para nosotros lo decisivo en el concepto del 'derecho'... es la existencia de un *cuadro coactivo* ..., (*EyS*, p. 28).

No están en estas páginas las causas por las cuales aparece o se hace necesario este cuadro de funcionarios, que, por el contrario, es la preocupación central de Engels. Pero no hay duda sobre la similitud acerca de los conceptos: el estado es un orden

jurídico garantizado por la represión monopolizada por un cuerpo de funcionarios especializados que aparece en algún momento. Kelsen, como veremos, acepta esto; pero siempre que no con ello se quiera decir que antes de la aparición de este cuerpo de funcionarios no existe ningún poder u orden coactivo.

Respecto de estos problemas, Kelsen es mucho más preciso y cuidadoso, con lo cual no hace sino completar y mejorar lo que encontramos en Engels y Weber. Respecto del problema del origen del estado, Kelsen señala que:

> ...es lícito plantearse la cuestión acerca de bajo qué condiciones naturales, económicas e históricas nacen y devienen eficaces ciertas representaciones psíquicas de normas de determinado contenido. La extraordinaria complicación de este problema, las dificultades de su solución y los mezquinos resultados obtenidos hasta ahora, no pueden constituir objeciones serias contra la licitud del planteamiento de la cuestión, (*TGE*, p. 27).

El tratamiento de este problema se hace desde un "punto de vista sociológico" (*idem*), y al respecto acepta el punto de partida marxista:

> Podría decirse que las condiciones (pertenecientes a la esfera del acaecer determinado por la ley de causalidad) de origen de determinadas representaciones de normas, en el sentido de actos reales psíquicos, constituyen la 'infraestructura fáctica' sobre la cual se alzan las normas y sistemas normativos como contenidos específicamente espirituales, como superestructura o 'ideología' totalmente autónoma frente al causalismo ciego de la infraestructura, (*idem*)[3]

[3] No habría que tomar la expresión "superestructura o 'ideología' totalmente autónoma" como una negación del hecho inmediatamente antes afirmado: relación de condicionamiento entre "infraestructura fáctica" y superestructura; la "autonomía" de Kelsen hay que ponerla en la cuenta de la diferencia entre causalidad e imputación con lo cual él no entiende oponerse al pensamiento marxiano, sino todo lo contrario. Véase *SyE*, p. 187, nota 6.

Sólo que a Kelsen esto le parece que

> no es más que una expresión —tomada de la concepción materialista de la historia— para designar la relación en la que debe representarse el sistema de la naturaleza con el del espíritu... la relación entre naturaleza y sociedad no es más que un caso especial de esta relación más amplia. El estado aparece como una 'ideología' específica... (*idem*).

Sin embargo esta relación de determinación del orden jurídico por los hechos naturales y económicos, de la que dice a renglón seguido que es "exacta", no logra sino plantear el problema, *sin resolverlo*. ¿Qué es lo no resuelto? Esto: a) esta relación de determinación no afecta para nada la autonomía e independencia del estado concebido como fenómeno ideológico; y b) la esencia del estado no puede ser encontrada en el causalismo ciego de la naturaleza, sector donde Kelsen coloca los fenómenos económico-sociológicos.

A mi juicio, esta posición de Kelsen debe ser aceptada por un marxismo que valga la pena mantener: el estado es un fenómeno ideológico que debe ser estudiado, no sólo en su dimensión sociológica, sino también en su naturaleza ideal, discursiva, ideológica, o como se prefiera decir.

Sólo después de aclarado este punto, Kelsen penetra en el análisis engelsiano del origen del estado. Sobre este asunto, se muestra extremadamente prudente, mostrando una aguda desconfianza sobre estudios histórico—antropológicos, en los cuales él mismo era un especialista. Al respecto, dice:

> Por de pronto, se presenta la cuestión antes mencionada acerca de las condiciones naturales del nacimiento de aquellos actos psíquicos que tienen por contenido la específica ideología del estado; hasta ahora no existe un intento serio de solución a esta cuestión, en torno a la cual se han emitido los juicios más vulgares y los tópicos más vagos, (*TGE*, p. 28).

Al respecto, los únicos estudios a los que les acuerda alguna importancia, son precisamente los marxistas. Particularmente desconfía de las explicaciones que terminan en el origen del estado equiparado con el origen de la nación. Se comprende: se trata de las típicas formulaciones de sus jurados enemigos, los nazis. Finaliza la cuestión con esta muestra de exagerada precaución:

> Si es permitido lanzar conjeturas acerca de este punto, podemos afirmar que para que vaya surgiendo paulatinamente una ideología del estado, precisa una conducta humana compuesta de actos conscientes, directamente encaminados a la organización, y de actos inconscientes e impulsivos, (*TGE*, p. 29).

Sería desde luego un error considerar este párrafo como una banalidad. Pero dejémoslo para otra oportunidad, y fijémosnos en que Kelsen establece que, además de plantearse el problema de la historia del nacimiento de esta ideología, debe plantearse la cuestión de "cómo es que se convierte la ideología social en general, en una ideología estatal específica". Si el estado es un orden o un aparato de coacción, dice, entonces estamos frente a una *técnica social específica*. Una "técnica" que consiste en eso precisamente: en un orden que establece que si alguien se comporta de cierta manera, otro hombre debe aplicarle una sanción. Es lo dicho por Weber, sólo que Kelsen lo dice con mayor claridad.

La cuestión es, entonces, cómo llega a desarrollarse esta técnica. Ahora bien,

> Lo que no puede hacerse es resolver esta cuestión tratando de fijar un momento histórico exactamente determinable, pues sólo puede hablarse de sociedad en general y de estado en particular, en tanto que un grupo de hombres posee conciencia de su conducta recíproca, (*TGE*, p. 30).

Esta conciencia recíproca, dice Kelsen, se va haciendo cada vez más intensa, se convierte poco a poco en conciencia normativa,

> y de este modo se contrapone como norma, como orden racional y 'artificial' a la conducta compulsiva de un orden 'natural', (*idem*).

Es decir, la normatividad es un producto racional —social, desde luego— que se enfrenta al orden "natural", en el que Kelsen ve el egoísmo antisocial; o, cuando menos, pulsiones cuyo objetivo no puede satisfacerse para todos los miembros de la comunidad de la misma manera y con la misma intensidad,

> ...aunque sólo sea por la razón de que la satisfacción de múltiples necesidades humanas sólo puede realizarse con una reducida cantidad de bienes y, por lo tanto, habrá que limitar, coactivamente si es preciso, la conducta del individuo —la cual constituye el objeto del orden social— dirigida a la satisfacción de sus necesidades, (*idem*).

La conclusión es lo importante:

> ...el elemento de coacción no es consusbstancial al concepto de todo orden social; pero la 'tendencia a la coacción' sí que es inmanente al contenido de todo orden social..., (*idem*).[4]

[4] Obsérvese, de pasada, que Kelsen acepta cierta "naturaleza humana fundadora del orden coactivo. Esto lo convierte en un jusnaturalista. Su combate al derecho natural, por tanto, no es en cuanto no haya una naturaleza humana, sino en cuanto esa naturaleza humana no puede justificar este o aquél contenido de las normas. Pero, además, y a pesar de esto, sí hay textos donde Kelsen intenta justificar la democracia a partir de la naturaleza humana como hemos visto. Lo que podría decirse al respecto, es que, cuando Kelsen defiende a la democracia, lo hace en tanto político y no ocultando que lo hace así; mientras que los jusnatu-

Es decir, *todo orden social se distingue de uno natural por esta tendencia a la coacción*. Y, finalmente, lo que distingue a un orden social cualquiera de un estado, es la *organización de esta coacción*. Pero

> ...si la tendencia a la coacción es inmanente a los órdenes sociales que constituyen los grupos más primitivos, cada uno de estos órdenes es ya un estado embrionario, y es un vano esfuerzo determinar el momento en el cual, supuestas ciertas condiciones exteriores, la 'horda', el grupo todavía no estatal, se convierte en estado; es decir, señalar el momento en el que el orden social incluye entre sus elementos el momento de la coacción externa. También la transformación de la ideología social sólo es concebible como el *continuum* de un desenvolvimiento material, (*idem*).

Esta cuestión me parece fundamental, porque lo que Kelsen está diciendo es que destacar un "origen" del estado suscita lógicamente la idea de su "desaparición", y si bien es legítimo buscar este origen, no hay que ocultar, como se hace a menudo, el hecho de que en *toda* organización social existe la coacción, puesto que en toda asociación humana existirá la tensión entre las pulsiones del individuo y las necesidades de la comunidad. A mi juicio, este punto de vista debe ser recogido por un marxismo que se proponga pervivir. La insistencia en que el derecho desaparecerá no se apoya en ningún hecho conocido, mientras que contradice todo lo que sabemos acerca de los grupos humanos.

De allí entonces que, a renglón seguido, Kelsen pase a tratar las propuestas de Engels sobre el origen del estado. A Kelsen, la idea de que el estado proviene de la familia no le parece una hipótesis muy atrevida. Más bien le parece una obviedad, lo cual se comprende si pensamos en su adhesión a las propuestas freudianas del papel del padre.

ralistas lo hacen como políticos, pero intentando hacer creer que lo hacen como científicos.

> De hecho, en la persona del abuelo ve la conciencia del niño la primera autoridad, el primer legislador, en una palabra , el portador del 'deber ser' del orden social. Y así como más tarde el padre deviene símbolo de toda autoridad, pues el Dios al cual se reza, el héroe al cual se admira, el príncipe al cual se ama sólo aparecen como sustitutivos del padre —y sólo en cuanto representantes del padre pueden suscitar estas 'autoridades', en favor suyo, aquellos afectos anímicos que convierten a los hombres en niños sin voluntad propia (Freud)—, del mismo modo, mirando hacia atrás, se convierte al padre fundador de la sociedad y se hace de la familia la 'célula' del estado; y en este sentido, tal concepción es exacta, (*TGE*, p. 31).

No puede estar más claro: si por algo es aceptable la idea de Engels, es por el parecido que puede tener con la posición de Freud. Pero inmediatamente Kelsen se vuelve contra el conocido motivo fascista de la "familia como célula de la sociedad".

> Más no le es lícito, por más que lo haga con sobrada frecuencia, aparecer en el estadio científico con la intención política de atribuir a la familia el carácter de 'fundamento' del estado, y sostener que es esencial a él estatuir un orden jurídico de base familiar, (*idem*).

Ahora bien; el hecho de que sea aceptable ver en la familia el origen del estado en los términos dichos, no significa caer en el error de establecer una diferencia esencial entre el orden familiar o tribal, y el orden jurídico de un estado. Para Kelsen, se trata de una diferencia de grado, no de esencia. Porque hay quienes quieren ver en el estado un "progreso" respecto de la sociedad preestatal. Y si bien se trata de un cambio plausible el existente entre la *vendetta* y un sistema penal moderno, no existe diferencia *esencial* entre una y otra forma de represión.

> Decir que un orden jurídico no es un estado mientras no alcanza esta fase de su evolución, suscita la creencia, falta de fundamento

> real, de que entre él y un orden jurídico técnicamente primitivo media una diferencia esencial, tanto más si se mira dicha diferencia en el hecho de que sólo en esa fase evolutiva avanzada existirían órganos de la comunidad, y, por tanto, una organización, unos 'órganos del estado' que darían existencia a éste, (*TGE*, p. 32).

Kelsen se revuelve contra la idea de que haya poderes "mejores" que otros; puede decirse que éste es uno de lo motivos más recurrentes de su pensamiento: todo poder es intrínsecamente atentatorio contra la libertad. Lo que puede aceptarse, es que haya poderes menos autoritarios o más democráticos que otros.

Contra dos puntos de vista se bate aquí Kelsen: contra quienes ven en el estado un "progreso" porque "racionaliza" la represión, y contra quienes ven al poder tribal como "mejor", porque aún no es un estado. Ambos puntos de vista ocultan algo que Kelsen quiere siempre destacar: tratándose de poder y represión contra el individuo, no hay mejores: sólo menos peores. E inmediatamente muestra la identidad esencial entre la *vendetta* y la represión estatal:

> Pero también el hijo que ejercita la vindicta contra el que injustamente ha matado a su padre, actúa como órgano del orden jurídico, es decir, como órgano de la comunidad constituida por este orden jurídico, y sólo por él. Entre el hijo y el juez que aplica una 'pena' no existe más que una diferencia gradual: a diferencia de aquél éste es un órgano que funciona con arreglo a la división del trabajo, y el orden más primitivo no deja de ser una organización dotada de órganos, que son los que ejecutan las normas. Si, a pesar de todo, solamente quiere llamarse 'estado' a un orden jurídico que funcione a través de órganos especializados a los cuales se delega funciones específicas, nada hay que objetar contra esta terminología, siempre

que con ella no pretenda expresarse otra cosa que el momento técnico social, (*idem*).[5]

Hasta aquí la opinión de Kelsen en relación con las propuestas de Engels, cuyo interés le lleva a dedicarle tan completo análisis. Con el cual, nuevamente, creo que hay que estar de acuerdo.

Inmediatamente Kelsen analiza el otro motivo marxista central: el estado se ha originado en las contradicciones de clase. La posición de Kelsen es clara, y se reduce a estos dos puntos: a) es cierto que el contenido del orden jurídico o estado sufre la influencia de la lucha de clases; b) pero eso no significa que sea necesario decir, demás, que el estado sólo puede tener por objetivo el dominio de una clase por otra; eso es confundir el estado con *este* estado. Esta postura de Kelsen, es, por lo demás, el entero *leit-motiv* de su otro libro sobre el marxismo, *Socialismo y Estado*.[6]

[5] Otros textos, en cambio, parecen sí aceptar una diferencia más marcada entre sociedad preestatal y estado. Por ejemplo: "Como organización política, el estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es un estado. Ni los órdenes jurídicos preestatales de las sociedades primitivas ni el orden jurídico supra o interestatal, del derecho internacional, configuran un estado. Para llegar a ser un estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El estado es un orden jurídico relativamente centralizado". (TPD., p.291) En este texto, tomado aisladamente, la diferencia con Engels se ha aminorado, y la diferencia con Weber ha desaparecido.

[6] "Ningún autor burgués serio, que no sea un adepto de la doctrina del derecho natural, excluye de su definición del derecho un orden social que está en el interés de una clase dominante, y la mayoría de los autores burgueses no habrá de negar que el derecho existente funciona más en interés de una clase que en el de otra..." (*TCDE*, p.109). Pienso que Kelsen aquí acepta jugar de "teórico burgués", un poco para burlarse de los juristas soviéticos, a quienes demuestra que buena parte de lo que dicen constituye un desconocimiento del tema o que ya ha sido dicho precisamente por los teóricos "burgueses". Kelsen es un tanto injusto: la ciencia jurídica, no le digamos burguesa, pero me refiero a la que

> No hay que negar en modo alguno que el contenido del orden coactivo estatal sufrió la influencia decisiva de la sumisión de un grupo a otro por el tránsito de una forma de producción a otra. Lo que resulta falso es la opinión de que el orden coactivo estatal no tuviese otra finalidad que la explotación económica de los desposeídos por los protegidos por el orden jurídico de la propiedad privada de los medios de producción. Este aparato coactivo que constituye el 'estado' es un medio específico técnico—social para fines harto diversos, y puede servir tanto para el mantenimiento de una explotación injusta del hombre por el hombre, cuanto para suavizarla y aun suprimirla por entero, convirtiéndose en protector de la propiedad colectiva de los medios de producción, (*TGE*, p. 33).

Un marxista no tendría nada que objetar a este párrafo. Únicamente se mantiene la diferencia entre el Marx libertario que suponía que en el principio los hombres eran buenos y libres y que pueden volver a serlo, y el Kelsen, también libertario, que prefiere no creer en la bondad humana y prevenir contra toda forma de poder, que siempre existirá, y al que hay que oponer formas democráticas de vida. El primero es un mesianismo que no puede ocultar su carácter romántico y, a mi juicio, ingenuo; el segundo un convite a la lucha perenne por la democracia. Podemos dejarlo así: el marxismo sólo puede aspirar a pervivir si postula la democracia como valor fundamental de la vida humana; hasta aquí, no veo la discrepancia; en adelante, se trata de creer o no en que alguna vez dejará de existir el derecho; como tal parece que falta tanto para ello, podemos quedarnos con la coin cidencia: la lucha por la democracia.

conocemos en la escuelas de jurisprudencia, no tiene nada qué ver, ni con lo que dice el marxismo, ni con lo que dice él mismo.

Capítulo VIII

MARXISMO Y JUSNATURALISMO

1. *"La filosofía social de Marx es una doctrina de derecho natural"*

> Cuando Marx aplica al estado la distinción entre la realidad existente, meramente externa, y la realidad verdadera oculta, como *Sollen*, destino ideal de la realidad, adopta exactamente el mismo esquema interpretativo que la doctrina del derecho natural. Esta doctrina presupone que la justicia —o, lo que implica lo mismo, la razón— es inmanente en la realidad presentada como 'naturaleza': naturaleza de las cosas o naturaleza del hombre, al igual que Marx da por sentado que su ideal está oculto en la realidad existente. Y lo mismo que la doctrina del derecho natural afirma —como consecuencia de su presuposición que es posible deducir de la naturaleza el derecho justo, es decir, natural, y atribuye a la ciencia, a la ciencia del derecho, la misión de descubrir este derecho natural oculto de algún modo en la naturaleza, Marx afirma que se puede 'hacer surgir' de la realidad social la justicia del socialismo como 'verdad social, (*TCED*, p. 42).

¿Hasta qué punto esto es una tergiversación de Marx,, y hasta qué punto tiene razón Kelsen? Dos cuestiones hay que tener en cuenta al responder: a) Kelsen utiliza una muy especial significación de la categoría "naturaleza"; b) su interpretación del marxismo como jusnaturalismo depende de su interpretación del pensamiento marxiano en lo relacionado con el tema de la "esencia" y la "apariencia". Además, es necesario tener en cuenta que Kelsen no hace distingos entre Marx y Engels por una parte, y entre el Marx joven y el Marx de *El Capital* por la otra, distinción que sí es importante respecto del problema de la *alienación* y el *fetichismo*.

2. *Esencia y apariencia en Marx*

La cita que antecede, se encuentra en un párrafo luego de otro titulado "El doble fondo de la realidad: la realidad ideológica y la real: una realidad contradictoria consigo misma". Aquí Kelsen demuestra un conocimiento bastante más profundo que el de otros críticos de Marx acerca de *El Capital*. Cuando menos no es ésta una crítica sustentada en la lectura de obras menores. Kelsen se refiere a cierto punto de vista marxiano, según el cual el objeto del conocimiento crítico no es un fenómeno empírico, en el sentido de que se ve o se toca. Lo que posee el secreto de lo que a él le interesa principalmente, la explotación capitalista, está escondido detrás de lo fenoménico, detrás de lo que se ve. Se trata de una concepción muy griega del ser: detrás de la *apariencia* se encuentra la *esencia*. Sin embargo, ambas son "realidad ". Esto, a Kelsen, le parece un escándalo y lo describe muy bien:

> La realidad tiene, por así decirlo, dos capas: una realidad externa, visible ... y una realidad interna, invisible..., (*TCED*, p. 39)[1]

En efecto, se trata de dos "capas" de realidad ¿Es esto posible? Seguramente desde el punto de vista filosófico, no. Pareciera innecesario sostener una doble "realidad" ontológicamente hablando. Pero ello no es suficiente para descartar el pensamiento de Marx. Por el contrario, en el capítulo primero hemos sostenido que se trata precisamente de un elemento central, y a conservar, del pensamiento de Marx.

Pongamos un ejemplo sencillo. Es sabido que, para la ciencia económica dominante los precios son determinados por la oferta y la demanda. No es necesaria otra cosa que leer las opiniones en la prensa de los miembros de la iniciativa privada, para comprobar que dan por científico ese enunciado. Y lo dan

[1] En este texto, lo que he suplido por puntos suspensivos, dice que la realidad externa es "ideológica" y la interna "real". Esto pone otro problema, al que volveremos enseguida.

por científico también los economistas "dominantes". Ahora bien, ¿es cierto o no es cierto que los precios son determinados por la oferta y la demanda? Claro que es cierto. Los cánones de la ciencia moderna permiten decir que es un enunciado que se confirma en la práctica, y que sirve para hacer predicciones económicas.

Pues bien; Marx dice que, siendo eso cierto, no es la explicación final. Que los precios son la existencia fenoménica de otra cosa, que "no se ve", que es el *valor*, esto es, la cantidad de trabajo socialmente necesario para la producción de las mercancías ofrecidas y/o demandadas. Bien; pero frente a esto, ¿qué dice la ciencia dominante? Simplemente que eso no se puede probar, porque no "se ve" y porque no es necesario para hacer las predicciones pertinentes en economía. Y, ¿por qué tanto interés en negar la propuesta marxiana? Por la sencilla razón de que, si se acepta, es necesario aceptar que la iniciativa privada explota a sus obreros.

Es a esto a lo que apuntaba Marx. Es cierto que los fenómenos económicos pueden estudiarse, y es cierto que pueden hacerse predicciones, a partir de los postulados de la ciencia "burguesa" de la economía. Pero también es cierto que esa ciencia "oculta" otra capa de la realidad, donde se encuentran explicaciones que ya no conviene que se consideren ciencia.

Marx ve esto como esa doble capa de realidad de que habla Kelsen. Posiblemente hoy habría que decir que se trata de dos discursos acerca de la realidad, y que ambos son "verdaderos", según el ya no matafísico concepto moderno de "verdad". Pero en tiempos de Marx, no se había desarrollado este nueva idea de la relación discurso-realidad.

Ahora bien, si aceptamos que no hay que seguir a Marx en una visión ontológica de "dos capas" de la realidad, y si aceptamos estar frente a un problema de relación entre ser y pensamiento ¿cuánto estamos de lejos del propio Kelsen, de ese Kelsen desmitificador de las ideas religiosas acerca del estado? También el suyo es un esfuerzo por trascender una teoría del estado que se basa en "lo que se ve". También Kelsen trató, con éxito, creo, de mostrar que el estado no es un una "cosa" sino un fenómeno ideológico, un acto mental de *imputación*. Lo cual también consti-

tuye un ataque a las ciencias oficiales de la política y a la ciencia dominante en las facultades de derecho. Kelsen menos que nadie debería asombrarse de estas propuestas marxianas.

3. Naturaleza y Sociedad en Marx. La Relación Social

Hay que comprender también la diferencia entre los conceptos de "naturaleza' y "sociedad" en Marx y Kelsen, tema ensayado anteriormente, y al que habremos aún de volver. Marx piensa que una *relación social* no es una "cosa". Por ejemplo, el capital, la mercancía son "relaciones sociales"; mientras que la "ideología", pero también la ciencia "burguesa", los ve como cosas: para la ciencia que Marx combate, el capital es un conjunto de mercancías y máquinas, y la mercancía es una cosa más o menos escasa, que se ofrece y se demanda.

Que una mercancía es una relación social, quiere decir que cuando es vista como "cosa", se trata de algo más que de un "error". Es que la relación social muestra —"se ve"—, algo que no es su "esencia". No es que la ciencia "burguesa" se equivoque describiendo "lo que se ve", sino que, siendo descripción "verdadera", de todos modos oculta algo que ya está oculto detrás de la apariencia.

Una *relación social*, en Marx, es cierta posición que los hombres adoptan unos respecto de los otros. Una mercancía es una relación social y no una cosa, porque no es un objeto material de cierta forma o color, sino que es un objeto producido *para* ser intercambiado. Y ser producido *para* ser intercambiado, significa que previamente los hombres han adoptado una mutua "posición" que consiste en la *división del trabajo*: unos hacen unas cosas y otros otras y cada uno toma del producto social una cuota parte igual a su aporte en trabajo; o sea, cada uno se relaciona con el conjunto de los bienes producidos, conforme a una cantidad medida por la parte aportada, en tiempo de trabajo, al tiempo de trabajo total generado por la sociedad.

Ahora bien, dice Marx, los hombres toman conciencia de esto de manera confusa, "invertida", y "se engañan". Pero esto tampoco debe sorprender a nadie, y menos a Kelsen, cuyo tema ha sido también, siempre, el pseudoconocimiento que los hombres

—y también los pseudocientíficos— tienen de las normas. ¿Acaso no dijo que la *Grundnorm* es una "ficción" en la que los hombre creen a pie juntillas?

Lo que sí dijo Marx, y que sí me parece que puede asombrar a Kelsen, es que la "inversión" es "real"; esto es, está *realmente* ya en la relación social. Un ejemplo sencillo: las mercancías, en tanto objetos inertes, no pueden ir solas al mercado. Tienen que ser "portadas" por el que, por eso, es "portador de mercancías". En el mercado, los portadores intercambian, pero de acuerdo a cierta proporción matemática y no de acuerdo a lo que "quisieran". Esa proporción está predeterminada por el valor de la mercancía (el tiempo de trabajo socialmente necesario para producirla, como es sabido que dice Marx). La "inversión" consiste en que lo que "se ve" es que el portador entrega y recibe; pero lo que "en realidad" está pasando es que son las mercancías las que se están cambiando entre ellas, "usando", por decirlo de alguna manera, a sus portadores. En esto consiste la "inversión *real*". Si se dijera que la imagen —"inversión"— no es feliz, podría haber acuerdo: no es feliz; pero es evidente *hoy*, cuando disciplinas como la lingüística han aportado nuevas técnicas de análisis de los fenómenos sociales. Es posible que en vez de hablar de "inversión" —y con más razón hablar de inversión *real*—, convenga hablar de discursos que producen los hombres que intercambian, discursos que se refieren a la relación social, que, por muchas razones, "engaña" a los sujetos que los producen. Todo esto me parece compatible con la primigenia idea marxiana, siempre que no se intente decir que se trata de simples discursos engañosos que no tienen motivos para existir: sí hay motivos. Hay muy buenos motivos para que las relaciones sociales engañen fácilmente a sus sujetos —¿hay que decir "objetos"?—; la sociedad, y quienes detentan el poder, tienen mucho interés en que las relaciones sociales queden veladas ... Kelsen es tributario de su concepción cientificista creyendo que, muy simplemente, la ciencia, al margen de la política, "des-cubre" la verdad, y que basta una sociedad "libre", y sin "las turbulencias que nos ha tocado vivir" para, que sus resultados florezcan.

Lo que quedaría en pie, entonces, de este Marx criticado por Kelsen, es que las *relaciones sociales* no pueden entenderse sin

un esfuerzo intelectual que vaya más allá de "lo que se ve". O, dicho de otra manera, esta segunda capa, que "no se ve", debe aparecer en el discurso como *teoría*, como discurso científico que ofrece hipótesis a ser contrastadas, ahora sí, con "lo que se ve". No hay motivos, que surjan de la epistemología contemporánea, para negarle este lugar en la ciencia social actual a Marx.

Ahora bien, la *relación social* es, en Marx, lo social que se opone a la *naturaleza*, y esta no es la misma diferencia que Kelsen establece entre *naturaleza* y *sociedad*.

4. *Ideología, ciencia y crítica*

Kelsen le reprocha a Marx confundir el mundo ideal con el mundo "real". Casi lo mismo que Marx decía de Hegel. En verdad, lo que sucede es que Marx, falto de una aceptable teorización del mundo normativo, no estableció la diferencia kelseniana entre los hechos y las normas. O, mejor, Marx no tuvo el cuidado que tuvo Kelsen en establecerlo, puesto que no se puede decir que Marx no haya visto el derecho como ideología, sino precisamente, todo lo contrario. Más aún: es posible que Kelsen no hubiese llegado a tal distinción entre norma y hecho, sin los aportes de filósofos anteriores, entre los cuales, injustamente, descoloca a Marx. Sí puede decirse, en cambio, que Kelsen tiene razón cuando dice que en Marx no hay una cuidadosa distinción entre normas y conocimiento de esas normas, entre derecho y ciencia jurídica. Veamos esta cuestión.

> La realidad tiene, por así decirlo, dos capas: una realidad externa, visible, pero ilusoria y por tanto ideológica; y una realidad interna, invisible (porque oculta la capa externa) pero verdadera, "real", (*TCED*, p. 39).

Como se ve, le atribuye a Marx confundir "realidad" con "verdad". Dice "visible, pero ilusoria" e "invisible pero verdadera o real". Y por tanto, puede emparentar a Marx con Hegel y los griegos, para quienes el ser es verdadero, bueno y bello, todo al mismo tiempo. Y claro que no es así: lo "real" no es verdade-

ro ni falso; lo que puede serlo es el enunciado que pretende denotar lo real; no lo real en sí mismo.

En esto, Kelsen tiene razón. Lo menos que hay que reconocer es que la jerga socialista ha mantenido la tradición de la confusa relación entre lo verdadero, lo justo y lo real. Sin embargo, no veo ningún inconveniente en que sea dejada de lado esa tradición, más retórica que científica, sin que por ello caiga la teoría marxiana de la sociedad capitalista.

Es cierto que una cosa es lo real y otra cosa el discurso sobre ello. Pero esto no quiere decir que no haya muy buenas razones para decir que lo real engaña, cuando menos al que se deja. Lo contrario sería una ingenuidad que no vale la pena discutir: quien no haya entendido el papel de la ideología en el ejercicio del poder estará negado para entender ningún otro argumento a favor de la posición de Marx acerca de la "esencia" y la "apariencia".

Lo rescatable del pensamiento de Marx puede mantenerse aceptando, al mismo tiempo que aquellas dos capas de realidad no son ni verdaderas ni falsas sino que *son*; simplemente. Siempre, de nuevo, que se acepte que existe la deformación ideológica de la *relación social* sugerida por la misma apariencia de ésta.

Kelsen, en cambio, la emprende aquí contra Marx, pero sin distinguir entre éste, el joven Marx, Engels, y la tradición que se llamó "marxismo leninismo", que es la tradición rusa del marxismo, personificada principalmente en Plejánov, Lenin y el propio Stalin. En descargo de Kelsen, hay que decir que él no conoció un marxismo que no se autopresentara así: como marxismo-leninismo y además, *oficial*. Pero se trata de una vulgata que ya no es aceptada por todos los marxistas; o que, más bien, es rechazada por el marxismo que tiene mejores posibilidades de sobrevivir.

Kelsen señala aquí un buen conjunto de textos en que apoya esta razonable crítica. Por ejemplo, cita una carta a Ruge, pero adviértase que se trata de un Marx del que poco quedaba al final:

> 'La razón ha existido siempre, pero no siempre en forma racional'. En esta paradójica afirmación Marx trata evidentemente de sostener la tesis hegeliana de que lo racional es real y lo real es racional...

> Pero por otra parte toda su filosofía tiende a demostrar que la realidad social existente es irracional; y con ello quiere decir que es injusta, (*TCED*, p. 40).

No vale la pena tratar de defender a este Marx. Kelsen tiene toda la razón. Aunque no hay todos los motivos que cree para decir que según Marx lo irracional es además, y por ello, injusto. Pero no vale la pena la discusión. Es totalmente cierto que la racionalidad de lo real y su viceversa es completamente insostenible. Y mucho menos, que lo irracional es injusto. Ahora bien, tampoco vale la pena discutir con quien no entienda que el socialismo es una doctrina política que parte del convencimiento de que el capitalismo es injusto. Afortunadamente, Kelsen no discute eso; más bien, ha tratado de convencer a los marxistas, de que el marxismo es una ideología política que no tiene por qué avergonzarse de aceptar que tiene un claro objetivo que es construir el socialismo.[2] Esto es, por una parte tiene razón Kelsen cuando critica a este Marx hegeliano, y por otra parte es irrenunciable para cualquier marxismo el punto de partida ético: el capitalismo es injusto.

Ahora bien: una cosa es que el capitalismo sea injusto, y otra lo que se diga de él con pretensiones de formular juicios verdaderos. En tal caso, puede tratarse de ideología o de ciencia. Cuando Marx habla de la ideología como falsa conciencia, coincide con Kelsen cuando éste habla de descripciones no científicas de la realidad. Pero el problema de la doble capa presenta una dificultad. Para Marx, su teoría del capitalismo, penetra más

[2] "El hecho de que el socialismo, en cuanto teoría, sea ante todo y en primer lugar una teoría política —ya que su sentido es el de la justificación de un movimiento político de masa, la fundación de los fines que se plantean a la voluntad y a la acción de las masas— sería totalmente obvio, si el socialismo, que se presenta como marxismo, no se complaciera con la actitud, más que paradójica, de no ser más que una investigación de los fenómenos sociales basada en la ciencia causal, o sea, una simple 'sociología'... ciertos 'marxistas' desean creer seriamente que Marx y Engels sólo fueron esencialmente fríos científicos, que buscaban las causas y efectos, y que no eran de hecho políticos que combatían los valores sociales falsos, para mostrar los valores verdaderos", (SyE, p. 181).

allá de la apariencia para develar la esencia. A ese proceso le llama a veces ciencia y a veces crítica de una ciencia: su libro se llama, no por casualidad, *Crítica de la Economía Política*, siendo esta última la ciencia de Smith y Ricardo. No hay dudas de que esto es inaceptable para Kelsen, quien creía que la ciencia es una sola, y que consiste en la descripción *objetiva* de la realidad. Kelsen le reprocha a Marx no advertir que, si la vida social determina la conciencia, entonces no hay razón para que el marxismo no sea también una ideología. Pero no se da cuenta de que ese mismo argumento puede ser enderezado contra él: si es cierto que no existe la verdad absoluta, ¿porqué solamente la teoría pura del derecho ha de ser la que funda una única ciencia jurídica? Sucede que Kelsen padeció de la ideología central del mundo moderno: el fetiche de la ciencia. La creencia en la ciencia como si se tratara de una actividad no ligada a la política, como si la metodología de la ciencia no se basara en una filosofía tan filosófica como la contraria: el empirismo. Kelsen parece no haber comprendido que la ciencia que él postulaba, que nunca ha existido, tampoco nunca existirá: *ningún poder del mundo fundará escuelas de derecho para que en ellas se "describan" las normas sin justificarlas*. Lo que en realidad hizo Kelsen, fue la *crítica* de la ciencia jurídica tal cual es. Su teoría pura del derecho no es "pura": es *crítica*. Sin embargo él no lo vio así. De cualquier manera, a pesar de Kelsen —lo mismo respecto de Marx—, su teoría pervivirá aún mucho tiempo, siendo utilizada por unos como justificación de una ciencia mentirosamente apolítica, justificadora del estado tal cual es, y por otros como una teoría crítica de todo estado. Y con Marx sucederá lo mismo: para unos será la justificación de su práctica política autoritaria —siempre es bueno invocar a Marx para justificar la práctica política con el recurso a las leyes de la historia, el universo y sus alrededores—, y para otros constituirá una crítica de la sociedad capitalista, y nada más: ni la superciencia ni la celebración de la palabra; eso queda para los sumos sacerdotes. Que los hay.

5. *El jusnaturalismo marxista*

Sobre estas bases, Kelsen ya puede decir:

> Cuando Marx aplica al estado... puede 'hacer surgir' de la realidad social la justicia del socialismo como 'verdad social'. (Es el mismo texto que abre este capítulo).

A continuación, Kelsen trae en su ayuda otro buen número de textos que sin duda condenan a Marx. Principalmente uno, que es en realidad de Engels, muy al estilo mesiánico de la obras de divulgación ideológica más que teóricas, y más de sus sucesores que de él:

> Es tarea del socialismo 'científico'[3], dice Engels, no sólo 'examinar la evolución histórica de la economía, de la cual surgieron de modo necesario las clases burguesa y proletaria', sino también 'descubrir en la situación económica creada por esta evolución el medio de solucionar el conflicto, (*TCED*, p. 43).

El texto engelsiano no tiene desperdicio, en efecto. Leído sin intención de ir más allá de su literalidad, Kelsen tiene razón:

> El medio para solucionar el conflicto de clases: el orden social justo de la sociedad comunista, es inmanente en la realidad social de producción y es posible, por tanto, descubrirlo mediante el examen de esa realidad. Esto es genuina doctrina de derecho natural, (*idem*).

Pero también es cierto que no es una crítica que haga mella al pensamiento marxiano en cuanto crítica del capitalismo. Es cierto que estas citas, y otras cien, que pueden hacerse, y no sólo de Engels, pueden ser leídas en clave jusnaturalista. Pero también

[3] ¡Claro que con cosas como ésta de un socialismo "científico" se abren las puertas a estas críticas justas de Kelsen! ¿Cómo sería un socialismo, que es un tipo de sociedad, "científico"? ¿Y cómo sería una sociedad socialista "no científica"?

es cierto que lo que quieren decir es otra cosa. Lo que Engels quiere decir aquí, es que la solución del conflicto de clases tiene que provenir del conflicto mismo, es decir, que no puede inventarse una solución teórica que no sea viable a partir del proceso político concreto: dicho de otra manera, lo que quiere decir es que hay que ser "realista" en política. Lo cual es totalmente cierto. Y esto no es jusnaturalismo. No es que *lo justo* provenga de la realidad injusta, que, "dialécticamente", ya estaba en ella, algo así como "en potencia", sino que el objetivo final, el socialismo, sólo puede conseguirse con la acción basada en cálculos políticos, que requieren un análisis científico para actuar eficazmente sobre la realidad.

Kelsen juega en esta cuestión con dos sentidos distintos de la palabra "objetivo", referida a los fines políticos. Dice que los marxistas juzgan como injusta la sociedad y por tanto, si son coherentes, deben plantearse como *objetivo* su transformación. Pero, les reprocha que del hecho de que quieran hacer el socialismo obtienen la idea de que el socialismo surgirá de la propia "dialéctica" de los hechos. Es decir, obtienen de un *valor*, una conclusión *de hecho* a la que, además, califican de científica.

> ...es un trágico sincretismo metodológico y la confusión más radical de los límites entre realidad y valor, el hecho de que el político, al encontrarse frente al problema de que lo *debe* hacer o del objetivo al que debe tender, se contente con unas respuesta que está dada simplemente[4] para la ciencia especulativa, para su problema del ser y del devenir. Jamás de los jamases se puede dar un respuesta al problema del justo fin de la acción a través del conocimiento de lo que acontece y tal vez, verosímilmente, habrá de acontecer, (*SyE*, p. 190).

[4] Obsérvese que Kelsen no desprecia el objetivo político; al contrario, critica al político que "se contenta" con algo que "simplemente" es científico. No dice que el político no deba hacer ciencia; dice que no debe "contentarse" con eso. Es que el objetivo político, digamos nosotros, es éticamente superior al del científico. "Así como hay algo que sigue estando lleno de valor y sigue siendo digno de ser perseguido, aún cuando su realización deba manifestarse imposible, así también es indiferente —para el valor y la precisión de un fin— que su realización se presente como inevitable". (SyE., p.190)

Posiblemente haya muchos marxistas que efectivamente cometen este trágico sincretismo denigrando su objetivo ético al intentar revestirlo de ciencia. Kelsen tiene razón. Pero no es cierto que la crítica marxista de la sociedad capitalista, que es aquello en que consiste el marxismo perdurable, se vea afectada de modo alguno por ese error.

Existen dos objetivos distintos: uno es el objetivo de transformar la sociedad; éste está fundado en un *valor*; otro es el objetivo *político, que pretende éxito*; este objetivo *debe* fundarse en el estudio científico. No hay tal paso ilegítimo entre valor y ciencia, entre deber y ser como dice Kelsen, *a menos que, como él está haciendo, se utilicen indistintamente los dos sentidos de la palabra "objetivo".*

6. *Ser y deber, naturaleza y sociedad, base y superestructura*

Sobre la base de estas críticas kelsenianas suele adjudicarse a las pretensiones marxistas de una *Sociología Jurídica*, una confusión que consiste en lo siguiente.

Los marxistas, se dice, son jusnaturalistas porque quieren obtener el deber de ser con este procedimiento: como el derecho está determinado por la base económica, ellos dicen que, si la base es por ejemplo feudal, el derecho *debe* ser feudal, o si la base es capitalista, entonces el derecho *debe* reconocer la propiedad privada.

Este reproche es totalmente injustificado, y, como el de Kelsen, tiene como fundamento la equivocidad de la palabra "deber". La posición marxista debe ser entendida como una *hipótesis* sociológica, como cualquier otra. Lo que la hipótesis dice, es que *un modelo económico capitalista requiere que las normas tengan cierto y no otro contenido*. Por ejemplo, que protejan el intercambio amenazando con la coerción para el caso de que se cumplan conductas que, como entregar menos de lo pactado, impedirían la reproducción de ese modelo económico. Esta hipótesis debe ser contrastada con la realidad. Y de hecho lo ha sido: existen centenares de estudios que han comprobado esta hipótesis, muy general por lo demás, del marxismo. El propio Kelsen la ha utilizado,

al decir que el derecho subjetivo es una técnica propia de la sociedad capitalista.

El reproche contra el marxismo se basa en la equivocidad de la palabra "deber", por ejemplo en estos dos casos:

- si una sociedad es capitalista *debe* protegerse la propiedad privada.

- si una sociedad capitalista ha de mantenerse *debe* protegerse la propiedad privada.

La afirmación marxista es la segunda y quiere decir que si el fin es mantener el capitalismo, es necesario dictar normas que la propiedad privada. Esta en realidad es una *conclusión*, que ha sido obtenida de cierta concepción teórica sobre los efectos que produce la superestructura sobre las relaciones sociales. O, si se quiere, de la convicción de que la superestructura jurídica *debe* corresponder a la base a menos de que esté a punto de ocurrir una transformación social.

Por el contrario, la primera afirmación sí es jusnaturalista y quiere decir que, como el capitalismo es bueno, —"debe"—, que se proteja la propiedad privada. La palabra deber utilizada en un contexto ético y en un contexto sociológico o político, siendo el mismo vocablo, tiene distinto significado.

En realidad la cuestión es bastante baladí y de completa mala fe. No tiene ningún valor teórico en contra de ciertos postulados marxianos, que, por lo demás, deben ser corregidos de múltiples formas, incluso a partir del propio Kelsen. No obstante son críticas de calculado valor político que pasan por científicas, sobre todo en niveles relativamente bajos de conocimiento del derecho. Se pretende hacer creer que la crítica marxista de la sociedad capitalista se ve afectada por estas dificultades lingüísticas, y que el marxismo requiere de esta confusión entre naturaleza y sociedad, o entre relaciones sociales y discurso, o entre base y superestructura.

Capítulo IX

KELSEN VS. EL MARXISMO LENINISMO

1. La teoría comunista del estado.

A mediados de los cincuenta, Kelsen publicó en Estados Unidos dos obras enderezadas, otra vez, contra ciertas formas y ciertos aspectos del marxismo. Ya lo había hecho, con *Socialismo y Estado* y otros textos en los años veinte, cuando la polémica se inscribía en el marco de las discusiones de la *Segunda Internacional.* Ahora la cuestión se enmarcaba en la guerra fría, y estaba dirigida contra la Unión Soviética, o, mejor, contra lo que hoy llamamos, peyorativamente, el *stalinismo*. Estas dos obras se publicaron en castellano en forma conjunta, en 1957. Entiendo que no han sido reeditadas.

La obra, (*TCED*) conserva hoy, en cuanto polémica con el marxismo, un valor más bien histórico. Ya no hay, que valga la pena discutir con él, nadie que sostenga las posiciones teóricas que combatía Kelsen. La *perestroika* ha venido a darle la razón a Kelsen, (pero también a muchos otros). Sin embargo, esta obra resulta interesante por lo que en ella puede encontrarse de la filosofía del propio Kelsen, y por los aportes, involuntarios seguramente, de Kelsen al marxismo. Es en esta obra que se encuentra la acusación que hace Kelsen a Marx, de *jusnaturalismo* comentada en el capítulo anterior. De modo que en este capítulo no podrán evitarse algunas repeticiones.

2. *Ciencia y Política*

Como tantas otras veces, Kelsen expresa la idea de que lo que él hace es *ciencia* y no *política*:

> Los dos estudios contenidos en este libro presentan un análisis crítico de las teorías marxistas del derecho y del estado que prevalecen en la Unión Soviética. Allí estas teorías sirven de ideologías a una de las organizaciones más poderosas del mundo. Ello justifica, desde un punto de vista político, un examen cuidadoso. Sin embargo, mis estudios no han sido emprendidos desde ese punto de vista. Ellos intentan una crítica científica, es decir, objetiva, que no involucra ningún juicio de valor moral o político en favor o en contra del sistema social comunista ... Es lógico que toda crítica presuponga un valor; pero el valor presupuesto por una crítica científica no es un valor moral o político, sino lógico; es valor de verdad, no de justicia. El problema de este libro es el valor científico de la teoría comunista del derecho y el estado, (*TCDE* p. 9).

La insistencia de Kelsen, es la misma de siempre: el creía que existe la verdad, y que la ciencia existe al margen de la política. En esto, sin duda que era un ingenuo. Tampoco parecía darse cuenta del valor político de su filosofía, que siempre terminaba enfrentada contra toda forma de autoritarismo, primero el nazi y luego el stalinista. Cada vez que Kelsen saca, y escribe, conclusiones de sus teorías "a—políticas", resulta que es en contra del autoritarismo ¿Cómo es que pensaba que no tenían valor político? Sus pseudo discípulos —que no deben ser confundidos con sus auténticos seguidores— han tomado estas frases que se leen en los prólogos de sus obras, y han querido hacer de ellas la bandera del "kelsenianismo", bandera tras la cual esconden, generalmente, el autoritario designio de rechazar todo lo que no sea *ese* kelsenianismo, interpretado como ellos lo hacen. Esa es la mejor prueba de que se equivocaba el maestro cuando creía que estaba propiciando una escuela "apolítica".

Pero, además, como en *TPD*, también aquí, en el prefacio, luego de decir que tiene como objetivo no hacer política, explica porqué su posición está enderezada contra cualquiera que, so capa de jurista "científico", justifique cualquier poder. O sea que su teoría deja sin justificación a todo poder. Dice Kelsen, allí mismo:

> La teoría jurídica soviética se adapta sumisamente a todos los cambios de política del gobierno soviético. El examen que haremos de esa teoría mostrará la vergonzosa decadencia de una ciencia social que no es capaz de emanciparse de la política, (*TCDE*, p. 14).

O sea, entiéndase bien, Kelsen está propiciando una ciencia apolítica para que no esté al servicio del poder; lo vergonzoso es estar al servicio del poder, *de cualquier poder*. Que es lo que hacen muchos de los que hoy se dicen kelsenianos: estar al servicio del poder propiciando —dicen— una ciencia que "no opina", y que, por tanto, descalifica a quienes sí opinan y por ende no opinan como ellos. Lo notable es que Kelsen parecía no darse cuenta de que al propiciar una ciencia que no estuviera al servicio del poder, *estaba haciendo política*. Lo que sigue es notable, como muestra de esta contradicción:

> En estos tiempos en que el poder del estado aumenta constantemente en todas partes, hay que considerar muy en serio el hecho de que en la Unión Soviética la operación de degradar la ciencia al papel de cómplice del poder se lleve a cabo bajo la dirección de eruditos intelectualmente sobresalientes, (*idem*).

Resulta también notable que Kelsen no dijera nada acerca de las condiciones en que se hace ciencia social en Estados Unidos. Como si no supiera —tal no se sintió víctima de ello— que alguien catalogado como "comunista" ni siquiera puede entrar como turista a la "gran democracia del norte", aunque sea un premio Nobel. ¿Acaso alguien puede creer que allí se hace ciencia social "apolítica"? Lo cierto es que así lo dijo Kelsen.

3. *Ciencia e ideología*

Como Kelsen cree que la ciencia es objetiva, queda inscrito en el grupo de los filósofos que enfrenta este discurso con el denominado *ideología*. Pero el marxismo al que él se refiere, también. Entonces la cuestión es la diferencia entre Kelsen y ese marxismo.

En primer lugar, Kelsen destaca que para Marx —para ser justos, hay que decir que Kelsen sí hace algunas diferencias entre Marx y el marxismo-leninismo en lo que hace al autoritarismo, del que trata de salvar a Marx por la vía de mostrar cierta ambigüedad este punto— la "realidad", que está constituida por las relaciones de producción, es algo distinto que la superestructura ideológica, dentro de la cual incluye al estado (*TCDE*, p. 18 y ss). Sin embargo —dice— existe cierta inconsistencia en el uso marxiano del vocablo "ideología": en algún momento "ideología" es la forma de existencia de la realidad en la conciencia de los hombres, y en otros momentos, es una palabra peyorativa que señala "falsa conciencia".

En este punto Kelsen le atribuye a Marx

> ... la asaz ingenua opinión epistemológica de que la conciencia del hombre refleja —como un espejo— los objetos reales, (*TCDE*, p. 20)

El reproche es injusto porque Marx construye un *modelo* de la sociedad capitalista, y dice expresamente que en la realidad no es así, sino que se complica de distintas maneras que también intenta explicar; *El Capital* es un caso típico de deconstrucción-construcción; lo que Marx realiza es un modelo, procedimiento, por lo demás, usado también por Kelsen para hablar de democracia y autocracia por ejemplo. Pero, además, Marx intenta probar que la realidad es engañosa, de modo que la conciencia —ideológica— de ella no la "refleja", y menos como un espejo: en la conciencia se encuentra lo que el sujeto "ve"; pero no ve el

fondo de la realidad. También mezcla aquí a Engels, respecto de quien sí podría decirse que la conciencia "refleja" la realidad; por eso ha sido posible confundir el pensamiento de Marx con un "realismo epistemológico" ingenuo, que, por lo demás, es cierto que constituye la teoría del conocimiento de la vulgata stalinista. De cualquier modo, esto indica lo que Kelsen piensa: la conciencia del hombre no refleja los objetos reales.

Enseguida Kelsen muestra otra ambigüedad marxiana: la conciencia es determinada, a veces por "el modo de producción", a veces por "la existencia social" en su conjunto. Tiene razón; existe esa ambigüedad en Marx; por eso ha habido polémica en el interior del marxismo sobre lo que cubre el concepto de modo de producción: ¿cubre sólo las relaciones de producción o incluye la superestructura?

Esta ambigüedad, dice Kelsen, presenta graves problemas al hablar del estado; en efecto, ¿pertenece éste a la base o a la superestructura?[1] Pero además, condena al marxismo a la contradicción, puesto que si la existencia del hombre determina su conciencia, entonces toda conciencia ha de ser ideológica, y por tanto el marxismo también.

> Es evidente que Marx no puede mantener su postura fundamental, porque la propia afirmación de que la existencia social determina la conciencia del hombre, debe presentarse como una teoría verdadera, lo cual significa una objetiva teoría de la conciencia humana, no determinada por la existencia social de quien hace la afirmación. No puede dudarse de que Marx presenta su teoría social como una descripción no ideológica, correcta de la realidad social; como una 'ciencia', (*TCDE*, p. 23).

De allí que sea un "milagro" la existencia de intelectuales que, perteneciendo originalmente a la burguesía, puedan hacer

[1] Como es sabido, Umberto Cerroni, en su crítica a Kelsen, le reprocha a éste haber mal entendido a Marx: no se trata de una "ambigüedad", sino de uno de los sectores más interesantes y profundos del pensamiento marxiano.

ciencia y no ideología burguesa. El reproche no es justo respecto de todos los marxistas, y a él deben responder sólo aquellos que dicen que el marxismo es ciencia objetiva.[2] Pero lo importante es lo que sabemos aquí de Kelsen: existe una ciencia "objetiva" que entrega la "verdad" —o algo parecido. Es la creencia en algo así como hombres que pueden hacer "ciencia" sin ninguna contaminación. Y le parece "milagroso" —quiere así un poco burlarse de Marx— que los socialistas —casi siempre "burgueses" de origen— hayan adoptado el punto de vista de los obreros. Sin embargo, Kelsen no tiene razón en esto. No es tan irracional sostener que la aparición del proletariado y sus formidables combates hayan despertado la inquietud de jóvenes intelectuales, incluso de patrones como Engels. Es más bien el positivismo el que tiene que explicar cómo se consigue la ciencia no contaminada con el mundo.

Pero no hay que suponer que, por el hecho de encontrarse estas críticas más emotivas que teóricas, hacia cierta mentalidad marxista, no se encuentren, a cambio, decenas de otros textos de Kelsen donde muestra todo lo contrario que antipatía por el socialismo. Debe también contabilizarse el hecho de que Kelsen había sido víctima de muchos y muy injustos ataques de parte de marxistas que ni siquiera lo habían leído con cuidado.

4. *Realidad y Estado, base y superestructura*

A continuación, Kelsen le reprocha a Marx otra ambigüedad: a veces el estado aparece como realidad, a veces como ideología. Como realidad, aparece, según Kelsen, en aquél célebre pasaje donde las relaciones jurídicas de propiedad no son más que una expresión" de las relaciones sociales.

[2] Es sabido que el marxismo contemporáneo, ya superado el althusserianismo, ni oculta su carácter político, ni ignora su esencial carácter de crítica de la ciencia social apologética del capitalismo.

Ahora bien, dice Kelsen, cuando Marx ve al derecho como "expresión" de las relaciones sociales, no puede verlo como ideología, puesto que ideología es una *falsa* conciencia. Es inconsistente ser "expresión" pero *falsa*.

> El derecho no es —como debe serlo una ideología, por su propia naturaleza— una expresión falsa e ilusoria, una expresión que se encuentra en contradicción con el objeto que expresa. La expresión de la realidad económica que es el derecho, está en armonía con la realidad, corresponde a la realidad, (*TCDE*, p. 26).

Y trae en su apoyo ciertos textos donde Marx dice que el "derecho es sólo el reconocimiento oficial del hecho", y otros donde dice que, en cambio, el derecho *actúa* sobre las relaciones sociales. Entonces, dice Kelsen, Marx está diciendo que el derecho tiene *efecto* sobre la realidad, es decir, el derecho no es pura ideología:

> En tanto cuanto la ley —o el hecho en que Marx piensa cuando se refiere a la 'ley'— es un efecto de la realidad económica y tiene a su vez efectos sobre esa realidad, es decir, si la ley está dentro de la cadena de causas y efectos, está dentro de la realidad, y pertenece por lo tanto a la subestructura ..., (*TCDE*, p. 27).

Pero, ¿qué tiene de malo que Marx diga que el derecho es determinado por las relaciones sociales y que, a su vez, tenga efecto sobre ellas? Lo que pasa es que Kelsen está convencido de que Marx es jusnaturalista y quiere probarlo a toda costa.

Y ahora le toca el turno a los textos donde el derecho aparece, para Marx, como *ideología*. Y aclara Kelsen: Marx se refiere, como ideología, no a una teoría del estado, sino al estado y al derecho existentes; pero lo dice como si fuera ilegítimo pensar en el derecho como ideología y en una ciencia del derecho como ideológica, ambas cosas al mismo tiempo. Hemos tenido

oportunidad de ver que en *TPD* el propio Kelsen acepta que *ideología* tiene dos sentidos: normatividad por una parte, y falsa conciencia por la otra. De modo que, o el reproche que le hace a Marx es injustificado, o bien Kelsen cambió de opinión entre *TCDE* y *TPD*.

Ahora bien; Kelsen dice que, si Marx acepta que el derecho es parte de la superestructura ideológica, luego no puede decir que puede tener efecto en las relaciones sociales, como ha dicho en otros textos en que lo jurídico aparece como "realidad":

> Si el derecho forma parte de la superestructura ideológica como algo diferente de la subestructura y opuesto a ésta, que es la realidad social constituida por las relaciones económicas, no puede tener a su vez efecto sobre ellas. Cuando Marx ... admite una interacción entre el derecho y la economía, considera al derecho como una realidad social, (*TCDE*, p. 30).

En verdad, no es razonable pensar que Kelsen se niegue a considerar que la ideología tenga influencia sobre la realidad. Y mucho menos, cuando, como hemos visto, Kelsen dice que las normas existen precisamente porque determinan las conductas. Kelsen parece decir, contra Marx, que, si éste acepta que el derecho influye en la economía, entonces el derecho es "realidad", y no puede luego decir que es ideología. Pero esto que Kelsen dice, no tendría otra explicación sino por el hecho de que él, Kelsen, considera que "realidad" e ideología son sustancias distintas. Pero, sin embargo, este dualismo parecía superado, cuando menos desde *Sociedad y Naturaleza* diez años antes. Entonces ¿se trata exclusivamente del prurito de señalar una contradicción en Marx?

Inmediatamente dice que

> ...significa que la superestructura ideológica, especialmente el derecho como elemento de esa superestructura, tiene efectos sobre la subestructura. Por lo tanto, la 'ideología' es 'realidad' en el mismo

> sentido que las relaciones económicas que Marx identifica con la realidad..., (*TCDE*, p. 31).

O sea, le atribuye a Marx cometer el "error" de creer en la influencia de la superestructura sobre la base, cosa que, al parecer, sería incorrecto por el hecho de que Marx identifica a la base como "realidad" opuesta a "idealidad". Si lo que Kelsen quiere decir es que hay allí un dualismo realidad—derecho insostenible, hay que estar de acuerdo. Pero si quiere decir que el derecho, como idealidad, no puede tener efecto sobre las conductas, está equivocado, y contradiciendo cientos de textos suyos donde explica que las normas existen precisamente porque determinan la conducta.

5. *Del ser al deber*

Pero me parece que todo esto no tiene otro objetivo que presentar al marxismo como un jusnaturalismo, y para ello necesita hacer que Marx diga que el derecho "justo", el socialista, provendrá del ser, de la historia. Lo dice más adelante:

> Lo que Marx dice del estado puede decirse exactamente igual del derecho: que aun cuando no cumple con las exigencias del socialismo contiene en su forma moderna el postulado de la razón, esto es, de la justicia, y que pretende realizar la razón, es decir, ser justo. Por lo tanto es posible hacer surgir la verdad social, el derecho natural —justicia, socialismo— de este conflicto entre derecho positivo, o sea el derecho existente como forma externa de la realidad jurídica total, y el derecho justo, es decir, ideal, como su esencia interna y su destino ideal, (*TCDE*, p. 43).

Es para llegar a este reproche que Kelsen ha estudiado estas contradicciones marxianas, entre realidad e ideología, entre economía y derecho, entre esencia y apariencia, y ahora entre reali-

dad y justicia. Le está atribuyendo a Marx un razonamiento según el cual existen estas parejas de contradicciones:

verdad	vs.	ideología
realidad	vs.	irrealidad
relaciones sociales	vs.	derecho, estado
esencia	vs.	apariencia
justo	vs.	injusto

Kelsen quiere mostrar que en el pensamiento de Marx funciona la idea de que hay una identidad entre todos los términos de la izquierda entre sí, y entre todos los de la derecha. La última pareja, como se sabe, es la que no puede inferirse de las anteriores, sin caer en la falacia que significa extraer el deber del ser, es decir, sin caer en el jusnaturalismo que, por otra parte, es el origen indiscutible de lo que Kelsen combate siempre, que es el totalitarismo. Toda esta obra que comentamos en este capítulo, tiene por objeto mostrar que el totalitarismo soviético, si no puede enraizarse en Marx, cuando menos se funda en una interpretación de Marx, pero en una interpretación no arbitraria, sino bien razonable. En varios pasajes, Kelsen demuestra tener respeto por Marx y Engels, sobre todo por el primero, y en varios textos dice claramente que los motivos antidemocráticos de lo que después fue el leninismo no se encuentran en Marx.

Este razonamiento consiste más o menos en estos pasos:

i) algunos de estos términos contradictorios son inmanentes unos a otros. La idealidad es inmanente a la realidad, el derecho a la economía, la apariencia a la realidad,

ii) según la tradición dialéctico—aristotélica, unos términos de la contradicción "engendran" a los otros, como la potencia al acto.

iii) de allí que lo justo pueda provenir de lo injusto, el futuro del presente, etcétera.

iv) y por ello la futura justicia socialista provendrá "dialécticamente", o sea como potencia que se "despliega" de la realidad actual que es injusta. En este momento se ha cumplido el paso del ser=realidad al deber=justicia.

Por eso la preocupación por demostrar la contradicción en Marx, que consiste en decir ora que el derecho es realidad, ora que es ideología. Existen efectivamente textos que permiten creer que en Marx se producía esta tradicional confusión entre verdad, realidad y justicia. Kelsen tiene razón. Este género de razonamiento verdaderamente sigue siendo popular en la tradición socialista, y todos lo hemos oído si no creído. Pero eso, si está en Marx, no debe seguirse; es innecesario para aceptar su crítica a la sociedad capitalista. Pero tampoco hay que trasladar la crítica antijusnaturalista al conjunto de la teoría marxista de la sociedad capitalista ni a la *Sociología Jurídica* que puede fundarse en ella. Dicho de otra manera, ese jusnaturalismo debe ser rechazado lo mismo que la pretensión de reprochar jusnaturalismo a una posición sociológica que postule la idea de que dadas ciertas relaciones *deben* encontrarse ciertos contenidos normativos.

No es pequeño el servicio que con estas críticas le ha proporcionado Kelsen al marxismo.

6. *Alienación y sociedad, naturaleza y capitalismo*

El de jusnaturalismo no es el reproche menos liviano que Kelsen dirige al marxismo. Dice también que cae en una visión teológica de la sociedad, y en esto reaparece el Kelsen pesimista a la Hobbes.

> Puesto que, según la doctrina del derecho natural, la razón o la justicia son inmanentes en la naturaleza como creaciones de Dios, y lo son especialmente en la naturaleza del hombre (como imagen de Dios) el hombre es bueno, o sea justo, por su propia naturaleza ... Si las acciones del hombre son efectivamente injustas y el

> hombre en realidad no es libre, ello no puede ser atribuido a la naturaleza del hombre. El mal, cuya existencia no es posible negar, tiene su asiento fuera del hombre, como su símbolo, la serpiente en el Edén. La posición de Marx es exactamente la misma. Sostiene que 'los defectos de la existencia humana' en la sociedad capitalista ... tienen su origen no en la naturaleza del hombre' sino 'en circunstancias exteriores de su vida'. Estas circunstancias pueden ser sólo las relaciones de producción, de las cuales habla Marx considerándolas relaciones '... independiente de la voluntad del hombre ... Y así como la doctrina del derecho natural, a fin de reconciliar la libertad del hombre, deducida de su naturaleza, con su situación real más o menos contraria a la libertad natural, distingue dos naturalezas: una naturaleza anterior a la caída del hombre y otra naturaleza posterior a la caída del hombre, ... Marx distingue entre la naturaleza del hombre antes de la división de la sociedad en clases y la naturaleza del hombre después de tal hecho. Como la realidad social, la realidad del hombre tiene, por así decirlo, dos capas. Una externa, la realidad existente, y otra interna, la realidad verdadera, la esencia del hombre, su idea, (*TCDE*, p. 44).

La crítica es perspicaz, aguda, muy poco frecuente, y se asienta en textos de toda la vida de Marx. Pero, ¿es justa?

Vale la pena rastrear en Marx cuánto hay de razón en lo que le reprocha Kelsen. Es interesante porque de lo que quede como válido resultará el éxito en lo que Marx persigue con esta diferencia entre lo natural y lo social. Existe un motivo ideológico oculto en el lenguaje de nuestra cultura, según el cual es *natural* un conjunto de fenómenos que benefician a algunos: la mercancía, y, sobre todo, la propiedad privada. Marx quería mostrar que eso no tiene nada de natural, sino que es consecuencia de fenómenos sociales, históricos, que por tanto no son eternos y se pueden cambiar. Por el contrario, y no digo que sea el caso de Kelsen, quienes reprochan al marxismo esta búsqueda de respuestas más allá "de lo que se ve", en "rincones metafísicos" de la historia, lo que quieren es que continúe apareciendo *esta* sociedad como *natural*, como lo que siempre fue, como lo que nunca cambiará, como lo que *debe ser*.

En efecto, el joven Marx de los *Manuscritos* pensaba en el hombre al estilo de Rousseau, como un ser originariamente "bueno" —y libre— que, por desvirtudes de la historia, se *aliena* al perder el control sobre su trabajo y sobre el producto de éste. El hombre es definido entonces como un *ser que trabaja y controla el producto de su trabajo.*

> Originariamente "el hombre es un ser genérico" (p. 599); "la vida genérica, tanto en el hombre como en el animal, consiste físicamente, de una parte, en que el hombre (como el animal) viva de la naturaleza inorgánica" (p. 599). Pero "el animal forma una unidad directa con su actividad vital. No se distingue de ella. Es *ella*. El hombre, en cambio, hace de su actividad vital misma el objeto de su voluntad y su conciencia. Despliega una actividad consciente" (p. 600). "La actividad vital consciente distingue al hombre directamente de la actividad vital de los animales. Y eso y solamente eso es precisamente lo que hace de él un animal genérico", (p. 600).[3]

El hombre es un *trabajador libre y consciente* hasta el momento de la alienación:

> El trabajo enajenado invierte la relación, haciendo que el hombre, precisamente porque es un ser consciente, convierta su actividad vital, su *esencia*, simplemente en un medio para su existencia" (p.600). Esto es, "el trabajo, la *actividad vital*, la *vida productiva* misma, sólo se le presenta al hombre como *medio* para la satisfacción de una necesidad, de la necesidad de conservar la existencia física" (p. 600).

[3] Marx, K., "Manuscritos económicos—filosóficos de 1844", en Marx, *Escritos de Juventud*, volumen I de *Obras Fundamentales de Marx y Engels*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982. Véase pp. 594 y ss.

Acerca del futuro, Marx piensa, por entonces, que el hombre alienado tiene el proyecto de su liberación, aquí sí a diferencia de Rousseau, que piensa en el *contrato social* como la única solución —en esto Kelsen sigue a Rousseau: no hay más remedio que la democracia. Marx, en cambio, hombre del siglo XIX al fin, alemán para abundamiento, es un hombre del siglo del Espíritu que se proyecta hacia el futuro. De un Espíritu que viaja desde su origen, recorre un camino necesario y regresa reasumiéndose, y aprehendiendo en sí mismo el destino total del universo:

> El *comunismo* como superación *positiva* de la *propiedad privada* en cuanto *autoenajenación humana* y, por tanto, como real *apropiación* de la esencia *humana* por y para el hombre; por consiguiente, como total retorno del hombre a sí mismo, como hombre social, es decir, humano, retorno total, consciente y llevado a cabo dentro de toda la riqueza del desarrollo anterior ... es el secreto descifrado de la historia y que se sabe como esta solución", (*ibidem*. p. 617).

No hay dudas de que este Marx responde al reproche de Kelsen. Se trata de una visión mesiánica, con un origen, una caída, un castigo —el capitalismo— y una redención futura —el comunismo. Este joven habla de *alienación*. Pero el viejo Marx hablará de otra cosa: de *fetichismo* de la mercancía.

En los *Grundrisse* Marx vuelve a plantear la cuestión de lo natural y lo social, pero con otro sentido: aquí de lo que se trata es ya del combate contra la ciencia económica "oficial" para quien le ganancia es un producto del capital, mientras que Marx demuestra que es el capital el que es un resultado del trabajo del obrero. Lo que pasa, dice, es que los pensadores burgueses parten del *hecho* de la existencia del capital, pero están pasando por alto, muy científicamente, que el capital es un fenómeno social, no *natural*, que no siempre ha existido. Por tanto, es necesario dar cuenta de ello y no tomarlo simplemente como un *dato* que, sí, claro, se puede "ver y tocar", muy al gusto positivista. De allí la búsqueda de Marx por los recovecos de la

historia, de una historia que como ciencia no había cumplido los avances que ostenta hoy, y por los meandros, sí, de la metafísica. Efectivamente, el hombre no ha sido siempre, como hoy, víctima de los fenómenos *no naturales*. Descalificar esta búsqueda del viejo Marx con el expediente simple de que es una visión teológica, no es todo lo justo que se debiera ni digno de Kelsen.

En la sección de los *Grundrisse* conocida como *Formen*, Marx habla de formas "naturales" de sociedad y formas "derivadas". "Al principio" no existió el intercambio. La horda y el clan son nómadas:

> ... la vida pastoral, o más en general el *nomadismo*, constituye la primera forma de los modos de existencia, en la cual la tribu no se instala en una sede determinada sino que aprovecha para el pastaje lo que va encontrando —pues los hombres no son por naturaleza sedentarios ... en consecuencia la *colectividad tribal*, la entidad comunitaria natural...[4]

"Después" aparecen otros datos. Son las formas "antigua", "germánica" y "asiática". El esclavismo y el feudalismo, formas de explotación del trabajo ajeno, son "desarrollos posteriores",[5] pero son formas donde aún no ha sucedido lo que en los *Manuscritos* llamó la *alienación*, esto es, la aparición del trabajador que se enfrenta a las condiciones del trabajo como algo "ajeno" y "contrapuesto", capital que, además, en vez de ser como "al principio" presupuesto del trabajo, es ahora "puesto" por el propio trabajo. Vuelve a aparecer la idea del *origen* "natural" y el *desarrollo* "posterior". La idea central sigue siendo la misma: ¿por qué el hombre, hoy, está "separado" de los medios

[4] Marx, K., *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política*, México, Siglo XXI, 1976, p. 434.

[5] "... esclavitud y servidumbre son tan sólo desarrollos posteriores de la propiedad basada en la organización tribal" (*ibidem*, p. 453). Dice "tan sólo", porque quiere recalcar que aún no ha sucedido la aparición del trabajo desnudo frente al capital.

de producción? Eso, que la *Economía Política* pone como punto de partida, *debe ser explicado*; porque no es "natural"; es "histórico". La *Economía* da por supuesto lo que debe explicar, dice Marx.

Es importante destacar que en Marx *es el hombre mismo* el que hace la historia, es decir, el que cumple el paso, el trastocamiento de lo "natural" en lo "no natural". La distancia entre naturaleza y sociedad es, entonces, obra de esa parte de la naturaleza que es el hombre. No de una tentación de una serpiente. En las *Formen* este paso es casi inexplicado. Aparece como resultado del "desarrollo"; como avatar de la historia. Casi como casual.

> Si el individuo cambia su relación con la comunidad, cambia de ese modo a la comunidad, (*Elementos..*, citado, p. 446)

Dice "si" el individuo cambia: es decir, puede no cambiar. Y usa ejemplos en vez de intentar usar "leyes":

> En especial la influencia de la organización guerrera y la conquista, que en Roma, por ejemplo, es esencialmente parte de las condiciones económicas de la comunidad misma, destruye el vínculo real sobre el cual ésta se basa, (*idem*).[6]

En otros textos, el punto de sutura entre el origen y lo posterior, es el *valor*. La aparición, de todos modos inexplicada, del *valor de cambio*, genera, produce, hace, *pone* el origen del desarrollo posterior.[7]

[6] Véase también p. 454, *in fine*, y p. 455, como ejemplos de esta "indeterminación" en el paso de lo "natural a lo "no natural".

[7] "Para el capital 'el trabajador no es condición alguna de la producción' como sucede en las sociedades 'naturales', sino 'que sólo lo es el trabajo'". Y "el capital no se apropia del trabajador sino de su trabajo, no inmediatamente, sino

En este punto hay que recobrar todo lo dicho anteriormente, en el capítulo primero, sobre el concepto de *relación social* en Marx, que es "lo que no se ve". En definitiva, la diferencia entre naturaleza y sociedad, en Marx, a diferencia de Kelsen, se asienta en la relación social. Y la relación social por excelencia es el valor, o, si se quiere, la mercancía.

Claro que hay en Marx la búsqueda del "origen" en el cual la "injusticia" del capitalismo no sucedía. Pero, si en el joven de la *alienación* se reconocen las formas clásicas del pensamiento judeo-cristiano, eso ha quedado atrás en el Marx de *El Capital*, de la crítica de la sociedad capitalista. La crítica de Kelsen, con ser perspicaz, sagaz, no deja de echar injustas sombras sobre un pensamiento que está a la búsqueda de una explicación del capitalismo que no sea la explicación apologética de la ciencia oficial.

7. De la extinción del estado a la dictadura del proletariado, y de ésa al estado soviético

Todo el resto de *TCDE* está constituido por un repaso de los principales teóricos post-marxianos que han hablado del estado y el derecho. El sentido general de la crítica de Kelsen consiste en mostrar cómo, de una posición anarquista y democrática origi-

mediado por el intercambio" (*ibidem*, p. 459). Marx está buscando aquello que diferencia lo originario de lo posterior; lo "posterior" es el capitalismo, o sea la apropiación de plusvalía a través del intercambio. De allí que éste aparezca como el punto de sutura —la "caída" según Kelsen—, entre la naturaleza —lo "originario"— y la sociedad —lo "posterior". Otro texto (p. 449): "Lo que necesita explicación, o es resultado de un proceso histórico, no es la unidad del hombre viviente y actuante, por un lado, con las condiciones inorgánicas, naturales de su metabolismo con la naturaleza, sino la separación entre estas condiciones inorgánicas de la existencia humana y esta existencia activa, una separación que por primera vez es puesta plenamente en la relación entre trabajo asalariado y capital". Hay más textos; véase p.447, por ejemplo,. Siempre es el valor, como producto histórico, el que quiebra lo "natural". Véase también, *El Capital*, citado, T. I v. 1, p. 70 donde el valor aparece como algo "supranatural", específicamente social.

naria, el marxismo stalinista llegó a convertirse en la justificación del estado soviético. Este estudio de Kelsen presta grandes servicios al marxismo en la medida en que descubre contradicciones flagrantes que, a mi juicio, pueden ser abandonadas sin ningún pesar. Eso sí, la crítica kelseniana no deja de ser un tanto insólita, porque al señalar las contradicciones del marxismo resulta que lo hace desde una posición compatible con lo que critica; por tanto, resulta como las críticas que él mismo ha recibido cuando se la ha dicho que, con eso de que la eficacia es condición de la validez de las normas, deja de ser coherente y se pasa al carril sociológico, cuando debería quedarse en el "formal". Pero lo insólito es que esa crítica suelen hacerla quienes comienzan reprochándole su "formalismo". De donde uno no puede menos que preguntarse, ¿no es eso lo que le reprochaban, que no tenía en cuenta la "realidad"? ¡Y resulta que cuando la tiene en cuenta le dicen que es incoherente que lo haga! Kelsen dice cosas parecidas: le reprocha al marxismo ver todo bajo el lente gris de lo económico, y luego le reprocha la contradicción que consiste en que algunos postulados echan por tierra la interpretación económica de la sociedad.

En primer lugar, comienza por destacar que, según ciertos textos clásicos del marxismo, existe una "primacía de lo político sobre lo económico en la teoría marxista del estado proletario" (p. 49). Kelsen recuerda aquí textos del *Manifiesto* y del *anti—Düring* en los cuales aparece con claridad la idea de que el poder del proletariado no proviene de su posición económica, sino precisamente del estado. Dice del período en que el proletariado se apodera del estado:

> Durante este periodo el proletariado es la clase políticamente dominante. Pero el poder político del proletariado no es efecto de su poder económico; por el contrario, su poder económico es efecto de su poder político... y por medio de ese poder político el proletariado arranca de la burguesía los medios de producción a fin de concentrarlos en manos del estado, (*TCDE*, p. 50).

Pero en vez de ver allí una aproximación del marxismo clásico a sus propias posiciones, ve una contradicción:

> Pero esto significa la primacía de lo político sobre lo económico, lo cual es difícilmente compatible con una interpretación económica de la sociedad". (*TCDE*, p. 50) (Esto se repite en la página 53: Esto representa el abandono total de la interpretación económica de la sociedad, ahora respecto del hecho de que el proletariado es clase políticamente dominante pero no lo es económicamente, cuando menos durante un cierto período).

Pero ¿no será que el marxismo de Marx *no es una interpretación económica de la sociedad*, como se le ha reprochado, de la misma manera que *el kelsenismo de Kelsen no es una teoría formalista del derecho* como se le ha reprochado?

Lo mismo respecto de la cuestión de que todo estado es producto de la explotación y que sin ella no habrá estado; pero, también, el estado proletario es, contradictoriamente, un estado que abolirá la explotación. Y le hace un bello homenaje a Engels, que es quien cae en esta contradicción flagrante, cuando recuerda que tuvo algo así como una oscura conciencia de este desliz, porque en una carta de 1875 propone, respecto del estado revolucionario, cambiar la palabra "estado" por la palabra "comunidad". Y concluye:

> De modo, pues, que la dictadura del proletariado es un estado, pero al mismo tiempo no es un estado, (*TCDE*, p. 55).

¡Que bueno!

Pero la cuestión central está en la extinción del estado. Kelsen quiere mostrar que, de una doctrina que comenzó siendo anarquista, el stalinismo hizo una doctrina estatista, fusilando a los que continuaron hablando de liquidar todo estado. Pero lo curioso es que él está en contra de la doctrina de la extinción del

estado; entonces ¿por qué criticar a Marx y no estar con Vishinsky? Y, por otro lado, es Vishinsky quien, desembozadamente, es producto de todo su desprecio mientras que de Marx y Engels dice que pueden ser leídos en clave democrática...

Sobre la cuestión de la extinción del estado recuerda el célebre, y efectivamente insólito texto engelsiano que dice que en el comunismo no habrá derecho porque el "gobierno de las cosas será reemplazado por la dirección de los procesos de producción"; texto obviamente desconcertante porque no se comprende cómo se "dirigirán los procesos" o se "administrarán las cosas" como no sea por medio de *normas*. Pero termina disculpando a Marx y a Engels, principalmente al primero, porque

> ... no les preocupaba mucho una situación que, en su opinión, habría de presentarse en un futuro remoto. Estaban mucho más interesados en la crítica del capitalismo y en la propaganda política en pro del derrocamiento revolucionario del estado capitalista, como tarea inmediata del movimiento socialista, (*TCDE*, p. 58).

Lo cual no es sino un elogio a ambos...

Sobre el futuro del derecho de otro célebre texto de la *Crítica al programa de Gotha*, siempre citado por quienes buscan las ideas jurídicas de Marx, Kelsen dice que es un texto ambiguo. Y nuevamente trata de mostrar que, de los dichos de Marx, no es posible extraer las conclusiones que muchos obtienen, ni los anarquistas, ni los estatistas. Lo cual no es sino una defensa de este Marx que verdaderamente no dejó escritos claros al respecto:

> Esto puede interpretarse como queriendo decir que en esa fase de evolución del comunismo no habrá derecho, porque el derecho es por su propia naturaleza derecho burgués, lo cual significa derecho de clase. Hay que admitir, sin embargo, que la frase es ambigua y que también puede interpretársela en el sentido de que aún en la perfecta sociedad comunista habrá derecho, pero no derecho burgués, o sea un orden coercitivo que garantiza la explotación de una clase por otra, al cual una doctrina ideológica presenta como

> realización de la justicia. La sociedad comunista tendrá derecho, pero no 'superestructura jurídica', porque no habrá superestructura ideológica alguna (siempre que se entienda por superestructura jurídica no el derecho real, sino una doctrina ilusoria, apologética, del derecho), (*TCDE*, p. 61).

Esto depende de la interpretación que ha hecho antes, acerca de que Marx suele confundir, dice Kelsen, el derecho con la teoría burguesa acerca del derecho. De donde, lo que comenzó siendo crítica, le sirve ahora para intentar este salvamento de Marx. Y resume así la cuestión:

> Esa interpretación de las palabras de Marx sobre el futuro del derecho puede resumirse en los siguientes términos: no habrá en la sociedad comunista un derecho de desigualdad, ni por lo tanto una teoría jurídica ideológica, es decir, ilusoria, ni un derecho que simule ser justo; en consecuencia no habrá derecho como 'ideología' en el sentido peyorativo del vocablo, sino un derecho real de verdadera igualdad, un derecho que será la realización de la justicia, (*TCDE*, p. 63).

Lo cual no deja de ser una excelente salida a las contradicciones marxianas... Y agrega, para abundar, que en la *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, Marx había dicho que "no puede haber sociedad donde no hay alguna forma de propiedad"; y como la propiedad presupone un orden jurídico, eso significa decir que no hay sociedad sin derecho. Lo cual es una interpretación de Marx completamente aceptable para Kelsen. Pero termina:

> Sin embargo, hay que admitir que la otra interpretación, según la cual en la sociedad perfectamente comunista del futuro no habrá estado y en consecuencia no habrá derecho... no sólo no está excluida, sino que se halla conforme con la tendencia anarquista

prevalente en las obras de Marx y especialmente en las de Engels, (*TCDE*, p. 64).

Debió ser complicada para Kelsen su relación con el marxismo: un liberal como él, denunciador del estado, que cree que no es posible que el hombre se la pase sin derecho, pero no porque le guste, sino porque es pesimista acerca de la naturaleza humana, un liberal como él, digo, debió sentir simpatía por el Marx anarquista. Pero resulta que el Marx que se aproxima a su posición es el Marx que dice, o que Kelsen ve que puede interpretarse así, que siempre habrá derecho. Pero, resulta que entonces el stalinismo, que eso dice, tiene razón... Porque lo que Stalin hacía era fusilar a los que continuaban la tendencia libertaria de Marx y Engels y por eso eran "traidores, saboteadores del estado soviético". Pero, después de todo, el dilema de Kelsen es el de todos los que tienen el corazón en el anarquismo y la razón en la democracia...

Resultaría redundante seguir a Kelsen en este recorrido en el interior del marxismo, puesto que el trabajo ya ha sido hecho.[8] La conclusión no difiere tampoco de las de ese trabajo, según creo. Lo que Kelsen demuestra es que, a medida que nos alejamos en el tiempo de Marx y Engels, el marxismo se ha ido convirtiendo en una doctrina estatista, en primer término, con los afanes leninistas del estado proletario manifestados en *El estado y la Revolución* principalmente, y luego en una doctrina francamente apologética del estado y el derecho soviéticos, llegando a su máxima degradación en el servilismo de Vishinsky. Analicemos las conclusiones, que Kelsen desarrolla en la última página:

[8] Véase Ruiz Manero, Juan, "Sobre la crítica de Kelsen al marxismo" en *Doxa*, número 3, pp. 191 y ss. Se trata de un trabajo muy prolijo y cuyas conclusiones creo que no contradicen las de este libro. Por el hecho de haber llegado a mis manos a mitad de camino en la redacción de los trabajos incluidos aquí, a estas alturas no podría diferenciar lo que le debo a este trabajo de lo que hubiera resultado sin su concurso.

8. *La Sociología marxista y la teoría pura*

Dice Kelsen:

> La tentativa de desarrollar una teoría del derecho sobre la base de la interpretación económica de la sociedad hecha por Marx ha fracasado por completo; y la razón de este fracaso es en primer lugar la tendencia a sustituir una interpretación normativa del derecho, o sea un análisis estructural de un sistema específico de normas, con una indagación sociológica de las condiciones en que ese sistema normativo surge a la existencia y es efecto, en vez de agregar ésta a aquella, (*TCDE*, p. 266).

Este texto está dirigido principalmente contra Pashukanis y sus seguidores, tema al que regresaremos. Kelsen tiene razón: no es posible encontrar una *teoría del derecho* en *El Capital* de Marx. Lo que se puede encontrar allí son pistas para explicar por qué el derecho burgués manda lo que manda y no otra cosa. Y eso es *Sociología del Derecho.*

Y véase que no sólo Kelsen no lo rechaza, sino que dice que debe "agregarse" a la teoría del derecho ¿Cómo justificarán ciertos kelsenistas su negativa a considerar la *Sociología Jurídica* entre las ciencias jurídicas, *y con un lugar en las escuelas de leyes*, aun cuando se tratara de una *Sociología* inspirada en el marxismo que Kelsen no rechaza?

También dice Kelsen que el hecho de que el marxismo tome sólo en consideración las condiciones económicas, es un defecto, pero, dice, un defecto *secundario.* En efecto: es tan secundario como que ya no hay marxistas que lo hagan así. Y eso precisamente gracias a Kelsen...

9. *La ideología soviética*

Kelsen concluye también que

> A pesar del postulado marxista de una ciencia antiideológica, la teoría soviética del derecho tiene un carácter abiertamente ideológico, (*idem*).

Esto porque dice que la presentación que hace del derecho positivo, especialmente del derecho de los países no comunistas, no es objetiva sino que responde a los intereses políticos del gobierno soviético. Lo malo es que no se conoce ningún gobierno que no presente el derecho propio y el de sus adversarios desde el punto de vista "objetivo". Kelsen lo sabe de todos modos, porque dice que los soviéticos utilizan, para exponer el derecho positivo, recursos conceptuales que, producidos por la jurisprudencia burguesa, son denunciados por la ciencia del derecho que se ha desarrollado "libremente" en los países no comunistas. Esto es: los soviéticos hacen lo mismo que hacen los juristas tradicionales, mientras que es la teoría pura la que constituye la crítica de esas versiones apologéticas que se utilizan aquí y allá indistintamente. Es cierto lo que Kelsen dice: es la teoría pura la teoría *crítica* del derecho. Pero resulta desconcertante que él diga que se ha desarrollado "libremente" ¿Es que había olvidado las persecuciones de que fue objeto por los más virulentos anticomunistas, los nazis? ¿Es que realmente creía que en Estados Unidos se desarrolla una ciencia a—política? ¿Tenía idea de cuál es el lugar que consiguen en las universidades de los países "libres" los juristas críticos?

10. *Otra vez ciencia y política*

La tercera conclusión parece una repetición del prólogo:

> El carácter ideológico de la teoría soviética del derecho es consecuencia inevitable del principio marxista —contrario al postulado aintiideológico— de que la ciencia social en general y la ciencia del estado y del derecho en particular tienen que ser políticas, es decir, tienen que traducirse en fórmulas que pueden ser usadas en la lucha política de un grupo contra otro. El deplorable *status* de la teoría soviética, degrada a la condición de sirvienta del gobierno soviético, debe ser una sombría advertencia, para quienes se dedican a las ciencias sociales, de que la verdadera ciencia social sólo es posible a condición de que sea independiente de la política, (*TCDE*, p. 267).

Este es el insólito final de un libro destinado a comprobar que el gobierno soviético utiliza a sus juristas para justificar su derecho. Es casi increíble que Kelsen pensara que, por más "objetivo" que haya sido este estudio de la teoría soviética del derecho, era un estudio apolítico.

Ahora bien; resulta lapidario su juicio: la ciencia social sólo es posible si es independiente de la política. Lo cual, sí, sin duda ninguna, es inaceptable para cualquier marxista, pero también para cualquier hombre que, estando inconforme con esta sociedad, estime necesario alguna transformación.

¿Qué puede querer decir "independiente" de la política? No puede ser que quiera decir que los investigadores serán independientes de quienes les pagan, porque eso es imposible: a los científicos les paga alguien; el estado o las empresas capitalistas; o fundaciones creadas casi siempre por algún empresario supermillonario que deja como administradores a otros empresarios o a su familia; y en algunos casos los sindicatos obreros o algunas sectas religiosas de buen pasar económico. ¿Cómo podría haber independencia? ¡No habría ciencia si los científicos se pusieran en exquisitos a exigir absoluta libertad! ¿O habrá que creer que en

Estados Unidos realmente sucedía lo que Kelsen, al parecer, dice que sucedía, o sea que los científicos sociales son independientes?

Pero, por lo demás ¿cómo, cuando menos nosotros, los latinoamericanos, podríamos ser *espiritualmente* independientes de aquello que estudiamos, en las condiciones en que se encuentra el objeto de "estudio"? ¿Cómo es posible pensar en hacer ciencias sociales si no es para transformar nuestra sociedad, brutalmente injusta? ¿Acaso quienes dicen cotidianamente que la ciencia debe ser apolítica no son quienes, pública y notoriamente, son los beneficiarios de aquello que hay que estudiar "objetivamente"?

Capítulo X

LA CRÍTICA DE LOS MARXISTAS CONTRA KELSEN

Distinguidos marxistas han criticado a Kelsen, con distinto grado de seriedad y con distinto grado de profundidad. En los primeros setenta se tradujeron al castellano tanto el libro de Pashukanis como los trabajos de Cerroni, que me parecen de la misma línea de pensamiento, a pesar de las críticas de éste contra aquél. Estimo que, por su influencia entre nosotros, tanto Pashukanis como Cerroni deben ser analizados antes de cerrar un libro titulado como el presente.

La posición de Pashukanis me parecer tributaria de cierta utilización que Marx hizo de la palabra "categoría" en lo que se ha llamado *Introducción General a la Crítica de la Economía Política*. Esto condujo a Pashukanis a defender la extraña idea de que *derecho* es una "categoría" y que sólo existe en el mundo capitalista. Por su parte, Cerroni ha insistido en el acierto de esta posición de Pashukanis, pero criticando a éste por no haber sabido establecer la correcta "mediación" entre realidad y valor. La crítica, finalmente, de Cerroni a Kelsen, parte de estas ideas. No queda, pues, sino rastrear someramente la cuestión.

1. *Las categorías de la economía política*

Efectivamente, Marx dio un uso peculiar a la palabra "categoría", que aparece en un contexto en el que critica a Hegel. Es decir, usa la palabra contra Hegel pero hegelianamente: la *categoría* es "real", lo cual es un uso de la palabra muy particular, que sólo puede ser lícito en una filosofía que, como la hegeliana, identifica idea y realidad. *Categoría* en el uso normal, no puede ser sino un producto de representaciones ideológicas o mentales, que sirve para ordenar la realidad. Pero Marx, sin saber que este manuscrito que abandonó un mes después de haberlo comenzado, iba a ser publicado y tomado tan seriamente, no tuvo ningún

cuidado en la redacción; es de sospechar que, de saber la suerte que correría ese borrador, no lo hubiese dejado así. He aquí el texto:

> ...Hegel cayó en la ilusión de concebir lo real como resultado del pensamiento que, partiendo de sí mismo, se concentra en sí mismo, profundiza en sí mismo y se mueve por sí mismo, mientras que el método que consiste en elevarse de lo abstracto a lo concreto es para el pensamiento sólo la manera de apropiarse lo concreto, de producirlo como un concreto espiritual. Pero esto no es de ningún modo el proceso de formación de lo concreto mismo.[1]

Esto, como se sabe,ha dado mucho de que hablar. Lo importante aquí es ver que Marx se refiere a la diferencia entre la realidad y el pensamiento. Lo abstracto es la realidad; lo concreto es esa realidad conceptualizada. Lo concreto son los conceptos utilizados por el científico. Pero, inmediatamente, Marx pasa a utilizar una palabra, "categoría", que designa una idea, para designar un *hecho*:

> Por ejemplo, la categoría económica más simple, como por ejemplo el valor de cambio, supone la población, una población que produce en determinadas condiciones... Dicho valor no puede existir jamás de otro modo que bajo la forma de relación unilateral y abstracta de un todo concreto y viviente ya dado. Como categoría, por el contrario, el valor de cambio posee una existencia antediluviana, (*idem*).

El *valor de cambio*, que en *El Capital* es una *relación social*, como hemos visto, aquí es una "categoría". Para colmo, una categoría que existe desde mucho tiempo antes de que existie-

[1] Marx, Karl, *Introducción general a la Crítica de la Economía Política/1957*, PyP, Córdoba 1968, p. 51.

se el capitalismo. Pero, lógicamente, no puede querer decir que existía el valor de cambio como categoría en el sentido de "concepto", *antes* de que existiera de hecho. Entonces, quiere decir que usa la palabra "categoría" para referirse a la relación social denominada "valor de cambio". Es decir, como está criticando a Hegel, ha tomado la misma palabra y la ha usado como la usa éste. Más adelante, dice:

> Pero estas categorías simples, ¿no tienen una existencia histórica o natural autónoma, anterior a las categorías concretas? (*ibidem*, p. 59).

¿Cómo una categoría podría ser "concreta"? Solo en el interior de la jerga hegeliana. Y en efecto, sigue diciendo que

> ... Hegel tiene razón en comenzar la filosofía del derecho con la posesión ya que constituye la relación jurídica más simple del sujeto, (*idem*).

Ya puede verse aparecer a Pashukanis: la relación jurídica, en este texto, es una "categoría". La familia, por ejemplo, es una "categoría".

> No es exacto que la posesión evolucione históricamente hacia la familia. Por el contrario, ella presupone siempre esta 'categoría jurídica más concreta', (*idem*).

O sea, está pensando en el problema de *cómo exponer* un proceso histórico ¿Qué es primero" ¿La posesión o la familia? Dice que no es cierto que primero sea la familia, pero dice que Hegel tiene razón al comenzar con la familia, puesto que ésta, la familia, "presupone" la categoría jurídica más concreta que es la

posesión ¿Cómo que la familia presupone la posesión si ésta no evoluciona hacia la familia? Y continúa:

> Sin embargo, quedaría siempre en pie el hecho de que las categorías simples expresan relaciones en las cuales lo concreto no desarrollado pudo haberse realizado sin haber establecido aún la relación o vínculo más multilateral que se expresa espiritualmente en la categoría más concreta; mientras que lo concreto más desarrollado conserva esta misma categoría como una relación subordinada. El dinero puede existir y existió históricamente antes que existiera el capital, antes que existieran los bancos, antes que existiera el trabajo asalariado. Desde este punto de vista, puede afirmarse que la categoría más simple puede expresar las relaciones dominantes de un todo no desarrollado o las relaciones subordinadas de un todo más desarrollado, relaciones que existían ya históricamente antes de que el todo se desarrollara en el sentido expresado por una categoría más concreta. Sólo entonces el camino del pensamiento abstracto, que se eleva de lo simple a lo complejo, podría corresponder al proceso histórico real, (*ibidem*. p. 60)[2]

Es imposible desentrañar aquí lo que corresponde a las representaciones mentales de lo que corresponde a los fenómenos reales. Pero queda la idea de que, por ejemplo el dinero, la fa-

[2] Compárese: "Las determinaciones, en el desenvolvimiento del concepto, son también, por una parte, conceptos; por otra, ya que el concepto es esencialmente, como Idea, tiene la forma de la existencia y la serie de conceptos que resultan es, por consiguiente, a la vez, una serie de formaciones; así las determinaciones han de considerarse en la ciencia. En sentido especulativo la manera de existir de un concepto y su determinación, constituyen una sola y misma cosa. Empero, hay que notar que los momentos, cuyo resultado es una forma determinada ulteriormente, proceden de éste, como determinaciones conceptuales en el desenvolvimiento científico de la Idea, pero no lo preceden, en cuanto formaciones, en el desarrollo temporal. Así la Idea determinada como familia tiene como presuposición las determinaciones conceptuales cuyo resultado se presentará en lo que sigue. Pero el hecho que estas presuposiciones internas existan también para sí, ya como formaciones, como derecho de propiedad, contrato, moralidad, etcétera, constituyen el otro aspecto del desenvolvimiento, que sólo en una civilización altamente lograda llega a esta existencia peculiarmente conformada de sus momentos". Hegel, *Filosofía del Derecho*, parágrafo 32.

milia o la posesión, son "categorías" que pueden tener existencia *histórica* aún antes de que se desarrollen las relaciones donde su existencia ocupará un lugar distinto que el que ocupaban en aquel "todo aún no desarrollado". Es algo así como decir que el dinero, en una sociedad precapitalista, cumple una función distinta que la que cumple en el capitalismo. De allí la idea de que es necesario estudiar el "todo desarrollado", esto es, no en general, en abstracto, sino históricamente, "determinado". Por eso no hay *producción* en general, sino producción capitalista o feudal. Y de allí que *no hay derecho en general* sino derecho *burgués*.

Es de esta complicada exposición de un texto que Marx no pensó nunca en publicar, que Pashukanis tomó la idea de usar la palabra "categoría" para calificar al *derecho*: "el derecho es una categoría" que debe ser estudiada, no en general, sino determinada históricamente. En esto le sigue Cerroni.

2. *La categoría "jurídica" en Pashukanis*

Veamos la cuestión en Pashukanis.

2.1. *Una teoría del derecho*

Pashukanis se refiere a Kelsen, muy descomedidamente, y con absoluta falta de seriedad, a pocas páginas de iniciar la *Introducción* a su famoso libro:

> Tal teoría general del derecho, que no explica nada, que *a priori* vuelve la espalda a las realidades de hecho, es decir a la vida social, y que se dedica a las normas sin ocuparse de su origen (¡lo cual es una cuestión metajurídica!), o de sus relaciones con cualesquiera intereses materiales, no puede pretender el título de teoría sino únicamente en el sentido en que se suele hablar por ejemplo de una teoría del juego de ajedrez. Tal teoría no tiene nada que ver con la ciencia. Esa 'teoría' de ninguna manera pretende examinar el derecho, la forma jurídica, en tanto que forma histórica, pues de

> ninguna manera se dirige a estudiar la realidad. Por eso, para utilizar una expresión vulgar, no hay mucho que sacar de ella.[3]

Aquí puede verse lo que para Pashukanis es una teoría del derecho: una exposición de la *forma jurídica* en tanto que *forma histórica*. Pero no es un explicación del *contenido* de esa forma. Por eso es que inmediatamente se vuelve contra las interpretaciones sociólogicas de las *causas* de las normas, aún cuando sean de inspiración marxista, porque, dice,

> ...de ello no resulta sino una historia de las formas económicas con una tintura jurídica más o menos fuerte, o una historia de las instituciones, pero en ningún caso una teoría general del derecho, (*ibidem*, p. 30).

De donde se desprende que lo que busca es una teoría general del derecho, del que luego dirá que no interesa estudiar en general.[4]

[3] Pashukanis, E., *La teoría general del derecho y el marxismo*, México, Grijalbo, 1976, p. 29.

[4] "Se puede afirmar de manera categórica que las definiciones del derecho no nos enseñan gran cosa sobre lo que él es realmente, y que inversamente el especialista nos hace conocer tanto más profundamente el derecho como forma cuanto menos se limita a su propia definición. La causa de este estado de cosas es muy claro: un concepto tan complicado como el de derecho no puede ser aprehendido exhaustivamente por una definición según las reglas de la lógica escolástica, *per genus* y *per differentiam specificam*", (*ibidem*, p. 33). Nótese que, como todos los que dicen que definir es hacer metafísica, Pashukanis dice primero que el derecho es ("lo que el es...") y luego pretenden decir que no es necesario definirlo. Todo lo que es tiene una definición. Puesto que por el solo hecho de decir que algo es se lo pone como existente, como señalable. Y también dice que "un concepto tan complicado...". En qué quedamos: ¿hay o no una definición? Porque un concepto no puede no ser definible...

2.2. *La forma jurídica como objeto de la teoría del derecho*

Ahora empieza a aparecer la palabra "forma", que luego hace equivalente a *categoría*:[5]

> ... la teoría marxista no sólo debe examinar el contenido material de la reglamentación jurídica ... sino también dar una explicación materialista de la reglamentación jurídica como forma histórica determinada. Si se renuncia al análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, no se obtiene sino una teoría que explica el origen de las reglamentación jurídica a partir de las necesidades de la sociedad, y en consecuencia el hecho de que las normas jurídicas corresponden a los intereses materiales de tal o cual clase social. Pero la reglamentación jurídica propiamente dicha permanece sin analizar en tanto que forma, (p. 32).

Esto quiere decir que una teoría del derecho no se refiere a los contenidos del mismo sino a su *forma*. Luego se refiere a Marx, indicando que no comienza las investigaciones con el concepto de "economía" en general, sino por el valor de cambio y la mercancía. Y agrega una frase casi ininteligible que es necesario tener en cuenta sólo porque está en el orden de sus pensamientos sobre el derecho:

> Pues la economía, en tanto que esfera particular de relaciones, sólo se diferencia cuando aparece el intercambio. Mientras no existen todavía relaciones de valor, la actividad económica no puede sino difícilmente ser distinguida del resto de actividades vitales con las cuales forma una totalidad orgánica. La pura economía natural no

[5] Que la palabra "forma," en Pashukanis, equivale a "categoría", surge del siguiente párrafo: "Las categorías de mercancía, de valor y valor de cambio son sin duda formaciones ideológicas, representaciones deformadas, mistificadas (según la expresión de Marx), por medio de las cuales la sociedad basada en el intercambio mercantil concibe las relaciones de trabajo de los diferentes productores. El carácter ideológico de esas formas...". (Ibidem., p. 56).

> puede ser el objeto de la economía política en tanto que ciencia independiente, (*ibidem*, p. 35).[6]

Aquí comienza a aparecer su idea de una teoría del derecho que analiza la *forma* y no el *contenido*: así como la *Economía* sólo puede tener por objeto la economía, y ésta sólo existe cuando aparece el intercambio, la Teoría del Derecho sólo puede tener por objeto el derecho el cual sólo existe cuando hay intercambio:

> Sólo la sociedad burguesa capitalista crea todas las condiciones necesarias para que el momento jurídico quede plenamente determinado en las relaciones sociales, (*ibidem*, p. 37).

Inmediatamente sigue un párrafo muy confuso donde habla, ahora en plural, de las *formas jurídicas* de las que dice que en las sociedades primitivas están poco "desarrolladas", como, incluso, en la Europa medieval. Sólo en una concepción hegeliana, eurocentrista y apologética de la sociedad moderna puede decirse que las formas jurídicas de las sociedades primitivas son poco "desarrolladas". No cabe duda de que esta mentalidad eurocéntrica le ayuda a Pashukanis, y a todos los que piensan como él, a llegar a la conclusión de que las normas jurídicas son exclusivas de la sociedad europea en su fase capitalista:

[6] Parece obvio que aquí hay otra similitud entre derecho—ciencia jurídica y economía—economía política. Así como no hay actividad económica separada de otras actividades antes del capitalismo, y por ello no hubo antes ciencia económica, tampoco hay normas jurídicas antes del capitalismo, y por tanto, tampoco ciencia jurídica. Ahora bien, para saber que antes del capitalismo no hubo economía como actividad independiente, es necesario una teoría que establezca el significado de la expresión "economía independiente". Por tanto, que "no hubo economía independiente" es una afirmación, verdadera o falsa, en el interior de una cierta ciencia basada en esa teoría. Pero ¿cómo decir lo mismo del derecho si se parte de la idea de que no hay una definición "general" de derecho, lo que sólo puede implicar una teoría general que lo defina?

> Ha sido necesario un largo proceso de desarrollo, cuyo principal teatro fueron las ciudades, para que esas facetas de la forma jurídica pudieran cristalizarse en toda su precisión, (*ibidem*, p. 37).

Las "facetas" que señalan el cumplimiento de la *forma jurídica*, son: la oposición entre derecho y derecho subjetivo, derecho público y privado, individuo privado y ciudadano, distinción entre norma y su aplicación concreta, diferenciación de la judicatura respecto de otras funciones, entre norma y justificación de la misma. Cuando todo esto se *ha cumplido*, entonces es cuando

> ...el desarrollo dialéctico de los conceptos jurídicos fundamentales no sólo nos entrega la forma jurídica en su completo desarrollo y en todas sus articulaciones, sino que también refleja el proceso de evolución real, que no es otro que el proceso de evolución de la sociedad burguesa, (*ibidem*, p. 37).

Si lo que esto quiere decir es que cuando se han desarrollado las relaciones sociales burguesas se desarrollan las normas apropiadas para la conservación de esa sociedad, cualquiera estará de acuerdo, en primer lugar Kelsen. Pero podemos ahorrarnos todo lo que se refiere al desarrollo dialéctico de conceptos que nos entregan la forma jurídica desarrollada, para no caer jamás en la tentación de creer, como Hegel, que el desarrollo de los conceptos desarrolla la realidad.

A renglón seguido, nos dice que la teoría del derecho opera con abstracciones que, como las del valor o la mercancía no pueden ser descubiertas con ayuda del microscopio, como dice Marx. Por eso es que

> ...la 'relación jurídica' o el 'sujeto jurídico' tampoco pueden ser descubiertos con los métodos de investigación de las ciencias naturales..., (p. 38).

que es justamente lo que sostiene Kelsen, aunque detrás de esas abstracciones se ocultan fuerzas sociales muy reales, que es también justamente lo que sostiene Kelsen: las normas son el sentido de actos de voluntad, de "alguien", desde luego.

Esta introducción culmina con la defensa que hace de esta curiosa idea del derecho como *forma* que sólo existe en la sociedad capitalista. El razonamiento es simple. Quienes quieren que el derecho sea un fenómeno que siempre acompaña al hombre, lo que quieren es negar que un día desaparecerá, como ha dicho Marx.

> La desaparición de las categorías de derecho burgués significará en esas condiciones la desaparición del derecho en general, es decir, la desaparición del momento jurídico de las relaciones humanas, (*ibidem*, p. 40).

Y haciendo referencia seguramente a la *Crítica del Programa de Gotha*, dice que

> La transcisión hacia el comunismo evolucionado no se presenta, según Marx, como un tránsito a nuevas formas jurídicas, sino como una extinción de la forma jurídica en tanto que tal, como una liberación en relación con esa herencia de la época burguesa... (*ibidem*, p. 43).

Es que Pashukanis piensa que existe un

> ...vínculo interno profundo... entre la forma jurídica y la forma mercantil. Una sociedad que es *obligada* por el estado de sus fuerzas productivas a mantener una relación de equivalencia entre el gasto de trabajo y la remuneración, bajo una forma que incluso de lejos recuerda el intercambio de valores—mercancías, será *obligada* a mantener igualmente la forma jurídica. Sólo partiendo de ese momento fundamental se puede comprender por qué toda

> una serie de otras relaciones sociales revisten la forma jurídica, (*ibidem*, p. 43).

El razonamiento es simple y tiene coherencia: si es la forma mercantil la que produce la forma jurídica, entonces si se acaba la forma mercantil, se acaba su efecto, la forma jurídica. Lo que llama *forma jurídica*, es lo que podemos llamar derecho moderno, capitalista o burgués. Pero es un pseudoargumento decir que debe aceptarse la idea de que derecho es igual a derecho burgués porque de lo contrario se rechaza la idea de la desaparición del derecho. Es un pseudoargumento porque no hay implicación lógica entre ambas proposiciones: "el derecho es propio del capitalismo" y "el derecho no existiría en un sociedad comunista": podría ser que haya habido derecho en muchas sociedades anteriores, y que se extinga sólo en el comunismo.

Luego hay otros textos en que, *además* de la "forma" *jurídica*, habla de "momentos" y "categorías" que ella posee, algo así como en su interior, formando parte de ella. En el prólogo a la segunda edición, por tanto posterior a los textos citados más arriba, dice:

> No sólo he indicado que la génesis de la forma jurídica debe buscarse en las relaciones de intercambio, sino que también he puesto de relieve el momento que, en mi opinión, representa la realización completa de la forma jurídica: el tribunal y el proceso, (*ibidem*, p. 19)

O sea que no sólo hay una "génesis" de la "forma" *jurídica*, sino que además tiene distintos momentos, dos de los cuales la "realizan", que son el tribunal y el proceso. Lo que supone que en sociedades no capitalistas los ancianos que dicen lo que hay que hacer e imponen castigos no pueden ser denominados "tribunal" ni lo que hacen, "proceso". Pero, además, en la página anterior hace depender la aparición del fenómeno "ley" (estamos

aquí a merced de la traducción), al desarrollo de otro fenómeno capitalista, que es la diferenciación entre sociedad civil y estado:

> Así pues, sólo en tal sociedad se abre para el poder político la posibilidad de oponerse al poder puramente económico, que aparece lo más distintamente bajo la forma del poder del dinero. Al mismo tiempo la forma de la ley se vuelve igualmente posible. De ello resulta que para analizar las definiciones fundamentales del derecho, no es necesario partir del concepto de ley ni utilizarlo como hilo conductor, pues el mismo concepto de ley, en tanto decreto del poder político, pertenece a una etapa de desarrollo en la que la división de la sociedad en esfera civil y en esfera política ya está realizada y consolidada, y en la que en consecuencia los momentos fundamentales de la forma jurídica están ya realizados, (*ibidem*, p. 18)[7]

Es decir, la forma *jurídica*, esto es lo que nosotros llamamos *derecho*, es una "forma" dependiente de la *forma mercantil*, que tiene "momentos" que van jalonando su "desarrollo", momentos estos que son: la ley, el tribunal y el proceso; cuando estos momentos pueden observarse, entonces podemos decir que el derecho se ha completado.

Al finalizar este prólogo, retrocede un tanto para reconocer la crítica de Stuchka en el sentido de haber reducido la existencia del derecho a la sociedad burguesa:

> Efectivamente he afirmado y continúo haciéndolo, que las relaciones de los productores de mercancías entre sí engendran la mediación jurídica más desarrollada, universal y más acabada... (*ibidem*, p. 22).

[7] Obsérvese que, como después veremos, Cerroni dice precisamente que aquello que Kelsen no comprende es que la norma es un producto de la sociedad capitalista. Es decir, Cerroni sigue a Pashukanis, incluso en esto, no sólo en decir que el contenido del derecho burgués es propio de la sociedad burguesa; también la norma, general y abstracta, es efecto de la aparición de la mercancía.

El retroceso es más bien leve: es que puede haber formas jurídicas "embrionarias". Por ejemplo, en toda sociedad se da alguna forma de propiedad, pero la "esencia" de esta institución sólo aparece cuando se da el momento de la "libre enajenación" (*Idem*). No puede ser más aristotélico: hay una potencia que pasa al acto.

> ...sólo en el interior de una formación social determinada la propiedad reviste su forma lógica más simple y más general de propiedad privada... (*idem*).

"Forma *lógica*" más "simple" y más *general*. La palabra "general" aquí, respecto de la propiedad, y en otros lugares respecto de la "forma" *jurídica* nos da unos de los calificativos principales que emplea Pashukanis, pero también Cerroni, para hablarnos de la *esencia* del derecho. También nos da uno de esos calificativos, la palabra "universal", usada ahora, para señalar qué es lo que reconoce de la crítica de Stuchka y qué es lo que mantiene:

> Precisamente por esta razón (se refiere a que en la sociedad burguesa capitalista la explotación está mediatizada por el contrato, O.C.) en la sociedad burguesa, al contrario de las sociedades edificadas sobre la esclavitud y la servidumbre, la forma jurídica adquiere una significación universal, la ideología jurídica se convierte en la ideología por excelencia y la defensa de los intereses de clase/de los explotadores aparece, con un éxito creciente sin cesar, como la defensa de los principios abstractos de la subjetividad jurídica, (*ibidem*, p. 22).

Aquí aparece el derecho como adquiriendo "significación *universal*, mientras que los "principios *abstractos* de la "subjetividad jurídica", se constituyen en los defensores de los intereses de los explotadores.

Frente a la crítica de Stuchka entonces, Pashukanis acepta solamente decir que en la sociedad burguesa *culmina* el desarrollo de la "forma *jurídica*", adquiriendo la cualidad de universalidad. Unido con lo anterior, el derecho, en la sociedad burguesa, culmina su desarrollo, adquiriendo significación universal, y caracterizándose por los momentos de la ley, el tribunal y el proceso.

2.3. *Lo "jurídico" predicado de la forma*

Si la "forma" es *jurídica*, entonces, ¿qué es lo designado por el vocablo "jurídico"? Porque Pashukanis comienza diciendo que no hay necesidad de decir qué es *lo jurídico en general*. Pero, ¿cómo puede utilizarse un vocablo sin conocer su significado? Como de cualquier manera, aunque se comience diciendo que no es necesario decir qué es el derecho, de todos modos hay que saber cuál es el significado de la palabra, tiene que dar una idea de qué es lo que entiende por eso. El significado de lo "jurídico" es determinado de manera indirecta, por comparación con "reglamentaciones" que no son jurídicas. Todo termina en una disquisición sobre la diferencia entre reglas técnicas y reglas jurídicas. En el capítulo primero, donde habla del *método* del estudio del derecho, dice

> ...la *reglamentación* de las relaciones sociales reviste en ciertas condiciones un *carácter jurídico*, (*ibidem*, p. 63).

O sea que hay *reglamentaciones* que *no son* "jurídicas". Y da como ejemplo la vida colectiva de las abejas o las hormigas, y los pueblos primitivos:

> ...sin duda vemos en ellos el embrión de un derecho, pero la mayor parte de las relaciones está reglamentada extrajurídicamente, por ejemplo bajo la forma de prescripciones religiosas, (*ibidem*, p. 63).

O sea que hay "reglamentaciones" y "prescripciones" que no son jurídicas. Nos podemos imaginar fácilmente, cuando menos nosotros, la diferencia entre las normas de estos pueblos y las de las hormigas. Pero, ¿cuál es la diferencia entre una "reglamentación" primitiva y la burguesa? Anteriormente, como vimos, había hablado de *la ley* como una "forma" que existe sólo en el mundo burgués. Pero ahora dice algo mucho más curioso:

> ...incluso en la sociedad burguesa, actividades tales como por ejemplo la organización de los servicios postales, de los ferrocarriles, del ejército, etcétera, no pueden ser completamente relegadas al terreno de la reglamentación jurídica más que si se las considera muy superficialmente y si uno se deja desconcertar por la forma externa de las leyes, estatutos y decretos, (*idem*).

Adviértase que aquí hay "formas externas" de las leyes que pueden hacernos equivocar y creer que se trata de leyes como las de la *"forma" jurídica*. Pero, ¿a qué se refiere con *forma* de la ley si no es la forma *externa*? Lo que dice es algo completamente extraño para cualquier jurista:

> La planificación ferroviaria reglamenta el tráfico de los ferrocarriles en un sentido muy diferente de lo que lo hace, por ejemplo, la ley sobre la responsabilidad de los ferrocarriles, que reglamenta las relaciones entre estos últimos con los expedidores de mercancías. El primer tipo de reglamentación es sobre todo técnico, el segundo sobre todo jurídico, (*idem*).

Se deja ver aquí el que parece el problema con que tropieza Pashukanis: si preguntamos en qué se diferencia la "reglamentación", ya que no la *ley*, propia de la sociedad mercantil, de la reglamentación propia de la sociedad pre-mercantil, resulta que una es jurídica y la otra no; y si preguntamos qué es "jurídica", Pashukanis nos contesta que la diferencia está en la forma, pero no en la forma externa, y nos dice que la jurídica organiza lo

mercantil y la no jurídica es "técnica". Esto es: primero nos dice que el problema es de *forma*, pero luego nos contesta con el contenido; con el contenido *mercantil*. Pero precisamente queremos saber en qué consiste la diferencia formal entre la reglamentación que organiza lo mercantil y lo no-jurídico que organiza lo no-mercantil. Preguntamos por la *forma* y nos contesta con *el contenido*. Y preguntamos por la *forma* porque *él* ha dicho que no es una cuestión de *contenidos*[8] sino que es una cuestión de *forma*.

Si seguimos indagando en qué consiste la reglamentación *jurídica*, tenemos:

> Una de las premisas fundamentales de la reglamentación jurídica es pues el antagonismo de los intereses privados. Ese antagonismo es tanto la condición lógica de la forma jurídica como la causa real de la evolución de la superestructura jurídica, (*ibidem*, p. 66).

La segunda parte me resulta difícil de entender porque parece que hay un "antagonismo" que es al mismo tiempo "lógico" y "real", lo que sería, o un descuido en el lenguaje o un hegelianismo desaforado. Pero la primera nos ofrece una pista: la diferencia entre lo "técnico" y lo jurídico estaría en el *conflicto*. Agrega:

> El comportamiento de los hombres puede ser determinado por las reglas más complicadas, pero

[8] "Si se renuncia al análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, no se obtiene sino una teoría que explica el origen de la reglamentación jurídica a partir de las necesidades materiales de la sociedad y en consecuencia el hecho de que las normas jurídicas corresponden a los intereses materiales de tal o cual clase social. Pero la reglamentación jurídica propiamente dicha permanece sin analizar en tanto que forma a pesar de la riqueza del contenido histórico que introducimos en este concepto", (*ibidem*, p. 32) Pero si decimos que lo jurídico en relación con lo no jurídico se caracteriza por reglamentar las relaciones comerciales entre el ferrocarril y los compradores de sus servicios, estamos ubicando la diferencia en el contenido de las normas.

(es decir, puede haber reglas, como en el caso de las hormigas y los primitivos, muy complicadas, pero ...)

> el momento jurídico de esa reglamentación comienza allí donde comienzan las diferencias y las oposiciones de intereses, (*ibidem*, p. 66).

Y retoma ahora la cuestión de los ferrocarriles, señalando que en estas normas técnicas priva la "unidad de miras", esto es, el objetivo común; mientras que lo que singulariza al derecho es la posibilidad del conflicto. Y podemos inferir que se refiere al conflicto entre intereses privados, esto es, a los procesos conducidos de acuerdo con el *Derecho Procesal Civil*.

Curiosamente, en esto coinciden Kelsen y Pashukanis. Kelsen ha dicho que el derecho subjetivo —que incluye todo el *Derecho Procesal Civil*, puesto que éste se basa en el derecho subjetivo a demandar "su" derecho—, es una *técnica* jurídica propia del capitalismo. La diferencia está en que donde Kelsen ve una *técnica* especial de la sociedad burguesa, Pashukanis ve *el* derecho, o, como él dice, la *forma* "jurídica". Lo que la posición de Kelsen no permite ocultar, es que el conflicto civil es sólo *una* de las técnicas de la sociedad burguesa. Pero pensemos en el conjunto de las normas cuyo cumplimiento creará un corredor industrial ¿Puede decirse que es una ley *no* capitalista? Se trata de un conjunto de normas que no acuerda derechos subjetivos, cuando menos hasta que se ponen en venta los terrenos donde se asentarán las fábricas, pero que, a través de *otra* técnica jurídica, produce efectos sólo pensables en una sociedad capitalista, e, incluso, tiene como *causa*, necesidades objetivas de desarrollo capitalista. De la misma manera, las leyes que protegen al consumidor, excepto en el punto en que establecen el derecho subjetivo a "denunciar" al "mal" comerciante —esas leyes no suplantan el proceso civil—, son leyes que apuntalan la sociedad mercantil sin ser leyes de derecho "privado", en el sentido que lo pensaba Pashukanis. ¿Y si pensamos en el derecho sindical? ¿Es posible sostener que sea un derecho no propio de la sociedad

burguesa? Es decir, con Kelsen podemos pensar en *muchas* "técnicas" jurídicas, no sólo en la del derecho subjetivo propio del derecho civil.

Pashukanis, al respecto, pone dos ejemplos: el ferroviario, que supone una meta unitaria, por ejemplo, el máximo rendimiento de los servicios, y el caso de las reglas que es necesario cumplir para curar un enfermo. Pashukanis no hace la diferencia entre las reglas del carpintero para cortar madera, de la regla que obliga al carpintero a cortar madera so pena de una sanción. No diferencia las reglas que deben cumplir los ferrocarriles para no chocar, de las normas que establecen que, si chocan, el conductor debe ser sancionado. Una cosa es que la regla diga que "para no chocar hay que conducir a menos de 100 km por hora", y otra que diga "si el conductor hace marchar el tren a más de 100 km. por hora debe ser sancionado con el despido". Y no se ve con la claridad que cree Pashukanis, la diferencia entre la norma que establece que si el ferrocarril no cumple, además de deber el servicio, pagará una multa, de la norma que dice que si la mora del ferrocarril ocurre por culpa de un empleado, éste pagará una multa equivalente al perjuicio sufrido por la compañía.

La diferencia entre lo jurídico y lo no jurídico, entonces, se basa en la idea de que lo jurídico regula la oposición de intereses, mientras que lo no jurídico regula situaciones donde no hay oposición de intereses. Pero el tipo de intereses reglados es el propio de los portadores de mercancías, no cualquier tipo de intereses.

2.4. *La abstracción y la generalidad de la "forma jurídica*

La búsqueda puede continuarse en otros vocablos que utiliza Pashukanis para calificar lo que llama "forma *jurídica*", o, como en el texto que sigue, "orden *jurídico*":

> El orden jurídico se distingue precisamente de cualquier otra especie de orden social en que concierne a sujetos privados aislados. La norma jurídica debe su especificidad, que la distingue de la masa general de las demás reglas morales, estéticas, utilitarias, etcétera,

> precisamente al hecho de que presupone una persona provista de derechos y que por ello activamente hace valer pretensiones, (*ibidem*, p. 91).[9]

En adelante, Pashukanis se detiene en las "categorías" del derecho; es decir, ahora hay "categorías" propias de la "categoría" jurídica. Son tales la *propiedad privada* (p. 104), y el *sujeto* (p. 105). Y es con este último que aparecen las palabras "abstracto" e "impersonal", que hacen juego con el calificativo de "general" dado a la *forma "jurídica"*.

La "categoría" de *sujeto* es abstraída del acto de intercambio (p. 113), volviendo a explicarnos la categoría por su *contenido*, esto es, explicándonos de dónde provienen las determinaciones que el derecho civil da a las personas; es decir, explicándonos que es un efecto del hecho de que está abstraída del portador de mercancías. Lo cual es cierto, pero no nos da lo que nos ha inducido a buscar: las *formas*. La *forma jurídica* tiene la característica de ser "abstracta" porque

> Solamente en la economía mercantil nace la forma jurídica abstracta; en otras palabras, sólo ahí la capacidad general de tener derechos se separa de las pretensiones jurídicas concretas, (*ibidem*, p. 114).

[9] Pashukanis parece no advertir que para que alguien tenga derechos es necesario una norma que se los acuerde; y que para que pueda "hacer valer sus pretensiones" es necesario otra norma que obligue a un tribunal a aceptar la demanda. Pero no es posible que no lo advierta porque era un jurista. Hay que pensar en que quiere decir otra cosa. Para hacer estos y otros párrafos coherentes con su discurso, hay que pensar que está diciendo que la norma jurídica es la que protege el tipo de relaciones propiamente capitalista. Con lo cual, siempre, volvemos a llegar al mismo punto: a la pregunta por la forma nos contesta con los contenidos. Pero preguntamos por la forma porque él es quien nos ha dicho que no es cuestión de contenidos: "Esta definición (se refiere a la de Stuchka, O.C.) revela el contenido de clase de las formas jurídicas, pero no nos explica por qué ese contenido reviste tal forma, (ibidem, p. 69).

Que la norma jurídica propia de la época de la burguesía es *abstracta* es un motivo corriente en el marxismo. Pero ¿qué quiere decir?

> Sólo la transferencia continua de derechos[10] que tiene lugar en el mercado crea la idea de un portador inmutable de esos derechos. En el mercado, quien obliga a alguien también se obliga simultáneamente. En todo momento pasa de la situación de parte pretendiente a la situación de parte obligada. Así se crea la posibilidad de hacer abstracción de las diferencias concretas entre los sujetos jurídicos y de reunir a éstos bajo un solo concepto genérico, (*idem*).

Esto es lo que dice Pashukanis al respecto. Creo entender que quiere decir que la abstracción es la característica del concepto que puede designar a varios individuos: "reunir a los sujetos bajo un solo concepto genérico". Es cierto; en el derecho civil todos las personas —no todas; por ejemplo los menores no—, tienen la misma capacidad de asistir al tribunal para solicitar la reparación de un incumplimiento contractual. Pero si de esto se trata, entonces, nuevamente, la característica de abstracción es la característica del *contenido* de las normas capitalistas, que permiten a todos asistir al tribunal. Más adelante dice:

> ...con el crecimiento de la fuerzas sociales reguladoras,[11] el sujeto pierde su concreción material. En el lugar de su energía personal surge el poder de la organización social, es decir, de la organización de clase, que encuentra su más alta expresión en el estado. La abstracción impersonal de un poder de estado actuante en el espa-

[10] Nótese que en el mercado no se trafica con "derechos", sino con mercancías. Este constante salto de lo jurídico a lo económico y viceversa, hace sumamente difícil entender a Pashukanis.

[11] Se refiere al hecho de que, en el mundo pre-mercantil, el individuo lucha individualmente, o en grupos como *gens*, hordas o tribus, por sus condiciones de existencia, lo cual deja de suceder en la sociedad mercantil.

> cio y en el tiempo con una regularidad y una continuidad ideales, corresponde aquí al sujeto impersonal y abstracto del cual es reflejo, (*ibidem*, p. 115).

Si la norma *jurídica* es "abstracta", esta calificación parece apropiada por comparación con lo que sucede en la sociedad feudal, donde existe, no la *norma* sino el *privilegio*, tema que extrae del Marx de *La Cuestión Judía*:

> De la misma manera que la repetición regular del acto de intercambio constituye al valor en una categoría general que se eleva por encima de la evaluación subjetiva y de las proporciones ocasionales de intercambio, así la repetición regular de esas mismas relaciones —el uso— confiere a la esfera subjetiva de dominación un sentido nuevo, dando un fundamento a su existencia por una norma externa. El uso, o la tradición, en tanto que fundamento supraindividual de las pretensiones jurídicas corresponde a la estructura feudal con sus límites y fijeza. La tradición o el uso es por esencia algo que está comprendido dentro de un marco geográfico determinado, bastante restringido. Por eso cada derecho sólo se refiere a un sujeto concreto dado o a un grupo limitado de sujetos. En el mundo feudal cada derecho era un privilegio, dice Marx. Cada ciudad, cada estado social, cada corporación vivía según su propio derecho que seguía al individuo donde fuera. La idea de un estatuto jurídico formal común a todos los ciudadanos, a todos los hombres, faltaba totalmente en esa época, (*ibidem*, p. 116). "...En la Edad Media faltaba el concepto abstracto de sujeto jurídico, la ida de una norma objetiva dirigida a un círculo indeterminado y amplio de personas...", (*ibidem*, p. 117). "Sólo cuando las relaciones burguesas se han desarrollado totalmente, el derecho reviste un carácter abstracto. Cada hombre se vuelve un hombre en general, cada trabajo se vuelve un sujeto jurídico abstracto. Al mismo tiempo, la norma reviste también la forma lógica acabada de la ley general abstracta, (*ibidem*, p. 118).

En este punto, estamos, con Pashukanis, donde lo retoma Cerroni: lo que Kelsen no comprende, dice este último, es que no

hay derecho en general, porque la forma de la norma, general y abstracta, es propia de la época de la burguesía; por eso, dice, tiene razón Pashukanis, cuando afirma que la *categoría "jurídica"* es un fenómeno exclusivo del mundo capitalista.

Pero, digamos nosotros, que la norma sea "general" y "abstracta" porque se aplica a todos los individuos haciendo "abstracción" de sus cualidades individuales —no siempre, claro, como en el caso de los menores, los dementes, los que no saben leer, las mujeres, los no comerciantes si se trata de derecho mercantil, los extranjeros, los trabajadores no dependientes o los no sindicalizados si se trata de ciertos puntos del derecho laboral—, que la norma sea general y abstracta, decíamos, ¿no es una cualidad de su *contenido*? ¿Cómo sabemos, sino por lo que la norma dice, que es "general" o "abstracta"?

En resumen, me parece muy difícil que se pueda decir que Pashukanis ha explicado qué es "forma", qué es "jurídico" y por qué eso es "abstracto" y "general". Pashukanis ha cumplido: no ha definido, "en general", qué es *derecho*. Es decir, contestar a la pregunta acerca de qué es eso a lo que luego calificaría de "históricamente determinado" (porque culmina con el capitalismo), compuesto de "reglamentaciones" (que no define en relación con lo que no es tal), de las que luego dice que son "abstractas" y "generales". En cambio sí sería todo perfectamente inteligible si, como dice Kelsen, aceptase que el derecho es un conjunto de normas que, en el caso de las capitalistas, tienen ese contenido que puede calificarse de "abstracto" y "general" (con matices, claro), precisamente porque responden a *este* tipo de sociedad, mercantil en este caso. Pero esto último es una *Sociología del Derecho* y no una teoría *general*. Sin embargo, la crítica de Cerroni a Kelsen se asienta en estas líneas trazadas por Pashukanis.

3. La duplicidad del fenómeno jurídico

Para Cerroni el derecho es un "Jano bifronte" que "mira hacia los dos continentes del mundo", duplicidad ésta —dice—, que es reconocida por todo el pensamiento jurídico moderno.

> Un cuidadoso examen de esa historia, en efecto, muestra cómo *las dos* líneas fundamentales de su desarrollo han llegado sustancialmente —realizando sus 'reducciones' del derecho— no a suprimir la duplicidad del fenómeno jurídico (cosa evidentemente imposible, si se conviene en la estructura compuesta del derecho como *norma* o volición tipificadora y como norma *positiva* o eficiente), sino más bien a explicar un momento dentro del otro.[12]

Cerroni parte, entonces, de una concepción del derecho según la cual este es un fenómeno dúplice: volición y eficacia. De entrada, por tanto, se coloca en la imposibilidad de aceptar que el derecho no muestra tal duplicidad, y que es un fenómeno del lenguaje que mantiene ciertas relaciones respecto de la conducta de los hombres. O sea, se coloca en la imposibilidad de aceptar que una cosa es el discurso y otra la conducta y que, aunque se establezcan las relaciones entre ambos fenómenos, no se trata de *un* fenómeno *dúplice* sino de cosas diversas.

Desde luego entonces, ve el *ser* y el *deber* como dos entidades que hay que "mediar", palabra esta última que se convierte en la clave que señala el *objetivo* que según él debe tener la *Ciencia Jurídica*.

4. *Kelsen y el neokantismo*

Cerroni ve en Kant el fundador, o poco menos, de nuestra cultura:

> ... precisamente con Kant parece cristalizar definitivamente la escisión entre ciencias de la naturaleza y ciencias del hombre, en base a la cual trabaja desde hace dos siglos nuestra cultura como presupuesto ya consolidado.[13]

[12] Cerroni, Umberto, "Marx y el derecho moderno" en *Idem*, México, Grijalbo, 1975, p.35.

[13] Cerroni, U. *Metodología y Ciencia Social*, Barcelona, Martínez Roca, 1971, p. 17.

En efecto, Kant es, no el fundador, sino el continuador de una concepción dualista del mundo, y por tanto de la tendencia a dividir las ciencias en naturales y del "espíritu" o *sociales*. Pero no es el fundador de nuestra cultura; en todo caso, lo es de la mitad. La otra mitad, en cuanto a la filosofía se refiere, tiene su cuna, no en Alemania sino en Inglaterra, como bien lo vio Kelsen cuando, como vimos, en la cuestión del *ser* y el *deber*, opone a la concepción de Kant, *que le parece equivocada*, la posición de Hume, *que le parece correcta*.

Cerroni insiste en ver a Kelsen como un kantiano, incluso uno de los más consecuentes:

> La línea, por así decir, clásica —Kant, Jellinek, Kelsen— se empeña sobre todo en diferenciar el derecho de la esfera de la naturalidad para explicar el fenómeno jurídico como ordenador de la naturalidad misma, como norma que subsume en sí al hecho, lo ordena y lo organiza como un *deber* ser que se sobrepone al *ser*. Es esta la línea que culmina con la elaboración iuspublicista alemana y la teoría pura del normativismo kelseniano. Es decir, una línea que —proviniendo de Kant y de la distinción kantiana entre el reino de los fines y el reino de los medios, entre la humanidad-libertad y la naturalidad-necesidad— genera aquella aparente tercera posición que representa el normativismo moderno, con su lógica jurídica pura. Ahora bien, en su matriz kantiana, esta orientación revela muy claramente que la organización de la ciencia jurídica, en cuanto disciplina separada y distinta de la moral, comporta la formulación de dos problemas fundamentales: el problema de la *validez* formal de las normas y de la estructuración jurídica de la voluntad tipificadora, y el problema de la *eficacia* y positividad real de las normas, o sea, de la efectiva coercibilidad del derecho, en cuanto ordenamiento complexivo, de su eficiencia histórica real, (*Marx y*.... citado, p. 35).

Como se ve, Cerroni continúa pensando que una sola ciencia, la *Ciencia Jurídica*, es la que debe estudiar tanto la norma como las conductas respecto de las normas. Pero, atribuirle ese mismo equívoco a Kelsen, que es quien precisamente disipó la

confusión postulando dos disciplinas, una de las normas y otra de las conductas, quedando fundada cada una con su objeto propio, y cada una *con su éxito propio* en el cuadro de las ciencias contemporáneas, es un desacierto que lo instala en un punto de partida desde donde resulta imposible bien interpretar a Kelsen. En primer lugar, porque no hay tal consistencia kantiana en Kelsen. En segundo lugar, porque es imposible inscribirlo en una línea científica que proponga para la *Ciencia Jurídica* tal duplicidad; es, precisamente, todo lo contrario.

5. *La norma fundante vista como la solución kelseniana al dualismo del derecho*

La interpretación que Cerroni hace de la *grundnorm* es, diríase, clásica.

> Ciertamente, el núcleo motor del normativismo reside en el criterio de validez. Como culminación de un sistema de normas, es decir, de un ordenamiento en el que toda norma obtiene su validez de otra norma, se dispone de una *norma fundamental* (*Grundnorm*), (*ibídem*, p. 45).

Como se ve, ninguna distinción entre si la norma es puesta o presupuesta, querida o pensada, o si se trata de una norma o una proposición o hipótesis científica. Mucho menos, una *ficción*. Desde luego esto último dada la fecha en que escribía Cerroni este artículo. Pero se trata de una interpretación que se basa en la idea de que Kelsen ve sólo la validez como elemento de la norma ("motor del normativismo", dice Cerroni de la *validez* en Kelsen). Y Kelsen ya había dicho para entonces, en la segunda *TPD*, que una norma es válida si es eficaz, con lo cual pierde toda justeza la apreciación de que Kelsen mira sólo hacia la validez como criterio de las normas. Por otra parte es inexacto decir que Kelsen sostiene que la *Grundnorm* culmina el sistema, puesto que dice muy explícitamente que la norma fundante no integra el sistema que funda. Por tanto, es incorrecto decir que

> La resistencia científica de la teoría kelseniana depende —lo mismo que el sistema normativo— de la consistencia jurídica de esta norma fundamental: ésta, en efecto, en cuanto legitimadora de la entera serie descendente de las normas debe ser una norma jurídica..., (*idem*).

La *Grundnorm* de Kelsen, como sabemos, no es una norma. Pero tampoco nunca lo fue;[14] e incluso en la última *TPD*, coqueteando aún con la jerga kantiana, la norma fundante funcionaba, decía, *per analogiam* con un concepto kantiano, como condición lógico trascendental de la interpretación de aquello que se nos presenta como norma (*TPD*, p. 209). Sin embargo Cerroni, que ve a Kelsen como consistente kantiano, no atiende a esta cuestión, precisamente aquí en el único punto en que Kelsen se decía kantiano (aunque bien pudiera haberse reclamado igualmente de la línea de Hume si de lo que se trataba era de decir que es en el pensamiento donde se constituyen los conceptos teóricos).

Cerroni, además, cree que Kelsen quiere legitimar el derecho, y cree que para ello postula esta norma, que por ello debe ser *norma*, ya que, dice, sirve para legitimar "la entera serie descendente" de las demás normas. Esto es querer ver en Kelsen un apologeta del poder y del derecho, lo cual es una profunda injusticia, además de un error de lectura que invalida todas las conclusiones posteriores.

Pero como tal *Grundnorm*, dice luego Cerroni, no puede derivarse de otra, entonces Kelsen la hace salir

> ...fuera de la esfera del derecho, resultando ser un hecho (fuerza natural) o una instancia moral, (*idem*)

[14] "... si bien la norma fundamental se presenta como la norma suprema, como la regla creadora que preside la unidad de todo el sistema y de la que emanan las otras normas jurídicas, es de por si, en cuanto tal, simplemente una premisa y no se le establece como tal norma jurídica, por lo cual su creación se considera como un substracto de hecho situado al margen del sistema jurídico, (*PCTJE*, p. XLVIII).

Lo cual es cierto, efectivamente. Sólo que, precisamente, eso es lo que hace de Kelsen un teórico aceptable para el marxismo —para *cierto* marxismo, al menos. Pero no es correcta la consecuencia que obtiene Cerroni:

> ...entonces se derrumbaría la pretendida autonomía legalista del ordenamiento y con ella la pretendida autonomía científica del derecho..., (*idem*).

Es incorrecta, primero porque no hay implicación entre el hecho de que se pierda "autonomía legalista" y la imposibilidad de la autonomía científica de una *Ciencia Jurídica* que bien puede estudiar precisamente eso, es decir, la inexistencia de tal autonomía. Segundo, porque Kelsen no ha buscado *nunca*, y esto no es cuestión de fechas en su obra, la "autonomía legalista": *siempre* ha dicho que las normas son válidas si pertenecen a un sistema eficaz. Lo único que agregó en 1960 es que una norma, individualmente, aunque pertenezca a un sistema eficaz, no es eficaz si, ella misma, no es también eficaz. De manera que la conclusión de Cerroni es falsa: no es cierto que, por el hecho de que la *Grundnorm* sea un *hecho* se derrumbe el pensamiento de Kelsen. Lo que se derrumba es la *pretendida autonomía legalista* que *los juristas* quieren para el derecho. Pero precisamente de eso se trataba: ¡de derrumbarla! Pero, entiéndase, que del hecho de que se derrumbe la "autonomía legalista" que quieren los apologetas del poder, no se sigue que se derrumbe la ciencia —la crítica de esa ciencia de los juristas, más bien— que derrumba a aquélla.

El reproche que Cerroni hace a Kelsen, dicho en términos un tanto pedestres, consiste en que le atribuye plantearse al principio, como método, estudiar sólo la validez, transcurrir sólo por el carril formal, y luego, al final, engancharse en la eficacia, en el hecho, en el poder. Pero ese reproche es propio de quienes se sienten defraudados por el Kelsen que no quieren leer: les gusta verlo comenzar por la validez y se desilusionan cuando habla de la eficacia: quisieran verlo formalista, desentendido de la política, fundador de una ciencia anodina y apologética de todo

poder, propia de juristas osbecuentes. Pero resulta insólito que sea una crítica venida desde el marxismo. Suena a algo así como reclamarle su formalismo para luego, cuando lo ven no formalista, reprocharle que entonces no es congruente consigo mismo. Pero ¿no era esa lo que le reclamaban, que no tenía en cuenta la "vida" o las relaciones sociales? Y ahora, cuando las tiene en cuenta, ¡le reclaman que lo haga! Es lo que le reprocha Pashukanis: que es una teoría puramente formal. Pero luego, otro marxista, que más cuidadoso que Pashukanis comprende que no lo es ¡lo ataca por no serlo!

6. El derecho sin sustento

Inmediatamente Cerroni le reprocha lo que a mi juicio es el mérito de Kelsen. Dice que al derrumbarse la autonomía legalista del derecho, éste

> ...sería nuevamente absorbido bajo la naturalidad o bajo la moralidad: perdería en un caso su idealidad y en el otro su positividad, quedando a merced de la efectividad histórica o de la filosofía, (*idem*).

Esto le parece una *impasse* de la que "Kelsen no logra salir" ¡Qué bueno que no salga! En efecto, me parece que lo interesante, desde el punto de vista de *cierto* marxismo, es precisamente que con Kelsen el derecho queda, por una parte, "a merced de la efectividad histórica", y por otra parte a merced de la filosofía *política* ("la moralidad" y la filosofía, dice Cerroni). Efectivamente, resulta clarificador que quede a merced de la historia su positividad y a merced de la ética y la política su justificación ideal. Porque queda a merced de la *Sociología* en su eficacia, y en el espacio de la *Política* su justificación; precisamente el reproche que hay que hacerle al marxismo es haber sacado al derecho de la discusión política.

Es notable que Cerroni comprenda perfectamente bien que la "*Grundnorm* fundadora del sistema de normas no deja de perfilar-

se como un *hecho* constitutivo del *derecho*", cosa que es precisamente lo que ningún formalista quiere reconocer; de hecho es un tópico casi desconocido entre los comentaristas "oficiales" de Kelsen. Pero es notable que, donde los formalistas encuentran, en el mejor de los casos, un hueco que se silencia o que les defrauda, Cerroni encuentre, como ellos, una flaqueza de su pensamiento en vez de encontrar, como el Marx que dijo que el derecho es la fuerza concentrada de la sociedad, el elemento que precisamente acerca marxismo y kelsenismo.

Dice Cerroni, en tono de reproche, y no de elogio, respecto a la *Grundnorm* de Kelsen:

> ... postulada para legalizar el sistema del ordenamiento normativo, la *Grundnorm* sirve sólo para ello, no tiene una fundamentación plausible y se resuelve así en una tautología respecto de aquel principio de autonomía legislativa que tenía que legitimar, (*ibidem*, p. 47).

En efecto, así es. Eso es lo que dice Kelsen:

> Con su teoría de la norma fundante básica no inaugura la teoría del derecho en absoluto un nuevo método de conocimiento jurídico. Sólo hace consciente lo que todos los juristas, por lo común inconscientemente, hacen cuando conciben los hechos arriba indicados como hechos no determinados por una legalidad causal, sino cuando intepretan su sentido subjetivo como normas objetivamente válidas ... cuando piensan conceptualmente el derecho como derecho positivo exclusivamente. La doctrina de la norma fundante básica es sólo el resultado de un análisis del proceso que un conocimiento positivista del derecho siempre ha utilizado, (*TPD*, p. 214).

Efectivamente, como dice Cerroni: la *Grundnorm* no tiene fundamento plausible ni consigue legitimar nada. Tan pronto es analizada, como lo hace Kelsen, se descubre que es una patraña

de juristas para legalizar lo injustificable: el poder. Lo que Cerroni no ve es que no es Kelsen quien inventó la *Grundnorm*, sino que ésta es un recurso —por eso Kelsen terminó diciendo que era una *ficción*— que los juristas han utilizado desde siempre. Pero no es Kelsen quien quiere justificar el derecho por la Grundnorm. Lo que él ha hecho es solamente desnudar el procedimiento usado por el poder y quienes lo justifican. Es cierto que los textos en que Kelsen dice esto ya con toda claridad, a saber, que la *Grundnorm* es una ficción, son posteriores a estos artículos que comentamos. Pero también es cierto que esto está en el libro de Kelsen que Cerroni cita más frecuentemente:

> Al formular la norma básica no introducimos en la ciencia del derecho un nuevo método. Tan sólo hacemos explícito lo que todos los juristas, inconscientemente en la mayoría de los casos, dan por supuesto, cuando consideran el derecho positivo como un sistema de normas válidas..., (*TGDE*, p. 137). Con la doctrina de la norma fundamental, la teoría pura del derecho limítase a establecer las condiciones lógico—trascendentales del método del conocimiento jurídico positivo usado desde antiguo, (*TPD*, versión citada de Legaz y Lacambra, p. 50).[15]

Pero hay más. No sólo Kelsen dice que él no inventó la *Grundnorm* sino que dice que la ciencia, léase la teoría pura, no dice que esa norma tenga validez, como Cerroni le atribuye decir, para "legitimar la entera serie descendente":

> Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que *si* la norma fundamental es supuesta válida..., (*TPD*$_{lfr}$, p. 139).

[15] Nótese que la versión italiana de Treves es de los años treinta, anterior aún a la *TGDE* que cita Cerroni. De manera que en Italia esto debió ser perfectamente conocido.

Cerroni agrega que, así como la *Grundnorm* tenía por objeto legitimar el derecho, ahora la teoría pura hace apología del hecho:

> Viceversa, la autonomía normativa que parecía ser la culminación de la ciencia jurídica se revela como apología del hecho, (*ibidem*, p. 47).

"El hecho" es aquí la *Grundnorm* que, finalmente, termina justificando el poder. Es cierto. Por eso dice Kelsen, desde la primera *TPD*:

> Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular... la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza... Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza, (*TPD*$_{1fr}$, p. 143).

Esta "mostración", si no quiere llamársele denuncia del derecho como organizador de la fuerza, que no tiene ningún fundamento en sí mismo, cuya única cobija es la *Grundnorm*, que es por su parte una ficción, ¿cómo puede ser vista como una "apología del hecho"?

7. *La norma igual*

En este momento, reaparece el tema de Pashukanis: la norma igual, confundida con la esencia del derecho, es propia de la sociedad capitalista. Y le atribuye a Kelsen aceptar el estudio sociológico del derecho, el estudio histórico, pero negar que tal estudio es el fundamento del *concepto* de derecho:

> ...aquella corriente no excluía la posibilidad, la utilidad y también la necesidad de un estudio sociológico del derecho como *hecho*

> *social*; negaba por otro lado que tal estudio pudiera ser esencial para la determinación conceptual del derecho, (*ibidem*, p. 25).

Se trata de una afirmación, fundante del pensamiento de Cerroni, que responde a la misma exigencia de Pashukanis: producir una teoría *marxista* del derecho que proporcione las *categorías* necesarias para practicar luego una ciencia del derecho moderno. Pero, bien entendido, no se trata de las categorías teóricas de una *Sociología Jurídica*, sino de una *Teoría del Derecho*, que ya no sería general. Que es lo que, dice, no entiende Kelsen:

> Sin embargo no se debe reprobar a Kelsen porque separa el derecho del organismo social y la ciencia jurídica de las demás ciencias sociales, sino porque, partiendo de aquella separación, valora de golpe el organismo social moderno *tal como es* y confunde por principio de derecho lo que es principio moral (ideología) o mero hecho.[16] En vano él invoca la diferencia de la técnica normativa respecto de los contenidos históricos—sociales, porque esa técnica no puede no quedar condicionada a la existencia de una autoridad pública que en sí misma, depurada de las intromisiones sociales, como lo es precisamente el estado de derecho moderno, respecto, pongamos, al estado—propiedad feudal. Sólo un estado como éste puede articular y tolerar la tipificación propia de una *norma igual para todos*, sin la cual jamás podría ser una teoría verdaderamente *general* de la norma jurídica, (*ibidem*, p. 47).

No me queda claro por qué el estado moderno está depurado de intromisiones sociales de las que no está depurado el estado feudal. Comprendo que en la sociedad mercantil se requiere que las normas igualen a todos los portadores de mercancías para que éstas puedan circular "como corresponde", esto es, conforme a su valor. Comprendo que eso es innecesario donde, como en el feudalismo, no circulan mercancías (salvo en las ciudades, claro, donde las relaciones no son feudales). Comprendo que es necesa-

[16] Hasta aquí, este texto, confieso, no consigo entenderlo. No entiendo qué quiere decir que "valora de golpe".

rio, en la sociedad mercantil, que haya "una norma igual para todos" —siempre que se reduzca al derecho privado la afirmación. Pero no comprendo por qué la autoridad pública de la sociedad capitalista está "depurada de intromisiones sociales" y en cambio la autoridad feudal no. Conozco que con ello se quiere hacer referencia a que en la sociedad moderna el estado está separado de la sociedad civil y en el feudalismo no. Nada más que no sé cómo se puede saber que hay una cosa que es *estado*, que es distinta de otra, llámese como se llamare, si previamente no se posee un concepto de "estado". No encuentro una respuesta satisfactoria a esta pregunta: ¿qué quiere decir "estado", al que se ve como separado de la "sociedad civil"? Y si para decir que el estado está separado de otra cosa, es necesario saber qué es *estado*, entonces es necesario definirlo. Todos estos apuntes de Marx acerca de la diferencia entre la sociedad feudal y la capitalista deben ser completados con una *definición teórica* sin lo cual no pueden pretender ingresar a la *Ciencia Política*. Cerroni pretende fundar una ciencia —la *Ciencia Jurídica*— sin definir teóricamente los conceptos sobre los cuales basa otras definiciones: quiere definir "derecho" a partir de la idea de la separación entre sociedad civil y estado, pero no parece darse cuenta de que entonces debe definir "estado".

Ésta me parece la objeción de fondo contra Pashukanis y Cerroni: que no definen, ni pueden hacerlo, qué es *estado* o qué es *derecho*, de lo cual luego nos dicen esto o aquello —que está depurado de intromisiones sociales, por caso. Sólo haciendo caso omiso de esta objeción es posible decir que Kelsen se equivoca al buscar un concepto *universal* de derecho, que encuentra en el concepto de *norma*.

Esto, además de algo más pedestre: ¿cómo puede hablarse de norma "igual" sin pensarse en la norma "desigual"? ¿Y acaso eso no es tener un concepto "universal" de norma? O más pedestre aún: ¿Qué es *eso* que es "igual"? ¿Cómo dar un adjetivo a un sustantivo desconocido?

Lo que Cerroni dice acerca de qué es norma jurídica *igual* no agrega nada a lo dicho por Pashukanis, ni tampoco el método utilizado para la descripción: el ejemplo histórico; la norma *igual* lo es porque expresa una sociedad mercantil en la que, para

que lo sea, es necesario que el derecho reconozca como iguales a los individuos. Y veamos una de las crítica a este Kelsen que intenta un concepto general de norma:

> En el momento mismo en que se trasciende la determinación específica de la norma jurídica moderna, se pierde su funcionalidad social: la norma jurídica queda reducida a una pura abstracción general y con ella es ya posible mezclar *toda disposición* normativa, tanto la regla de los bandoleros como la imposición sacra de una secta religiosa, (*ibidem*, p. 87).

Cerroni usa dos ejemplos muy antipáticos: los bandoleros y las sectas. Pero pensemos en dos cosas parecidas: las reglas eficaces entre capitalistas que se reparten el mercado y las reglas de las comunidades indígenas que perviven al lado de las *normas iguales* del estado moderno. Según la posición de Cerroni, tales reglas no son *normas* por no ser "iguales". Entonces, ¿qué son?

Con Kelsen, por una parte tenemos, efectivamente, el derecho queda equiparado con las reglas de los ladrones o de los empresarios, dependiendo de la efectividad. Eso sí es desmitificar el derecho y el estado; precisamente quienes hacen la apología del poder son quienes dicen lo contrario. Por otra parte, con Kelsen tenemos que las normas de las comunidades indígenas efectivamente son derecho igual que el "igual". ¿Qué más quiere el estado que una teoría del derecho, marxista para mejor, que le ayuda a decir que es derecho sólo el derecho capitalista? Efectivamente: con Kelsen las normas del estado y las de los bandidos y los empresarios tienen el mismo fundamento: nada; o el consenso.

8. *La funcionalidad de la norma igual respecto de la sociedad mercantil*

Cerroni dice que la única manera de comprender por qué la norma tiene capacidad ordenadora de la realidad, es entender que la norma sólo puede tenerla siempre que sea una *función* de esa sociedad que ordena:

> Es así como se esfuma la investigación de la funcionalidad *social* de la norma jurídica...Para evitarlo, es necesario no olvidar que la explicación sociológica nos debe llevar a la comprensión de la norma jurídica moderna como articulación de la sociedad moderna, característica específica en virtud de la cual, lejos de identificarse con cualquier norma, se diferencia, calificándose como una técnica y no como una técnica pura,[17] pues se encuentra conectada con la estructura de la sociedad moderna ... es forzoso explicar el momento ideal (o normativo o hipotético—atributivo) del derecho moderno precisamente en cuanto *hipótesis* ordenadora de la sociedad moderna, que puede ordenar en la medida en que dé se como *función* de la misma, o sea en la medida en que sea postulada por la estructura diferencial de tal sociedad, (*ibidem*, p. 87).

No es una novedad; es sólo la manera —difícil— de decirlo. Se trata del problema de la relación entre estructura y superestructura: una norma puede ser eficaz sólo a condición de que la estructura no lo haga imposible (tanto debe existir la posibilidad de que sea violada, como debe ser posible su cumplimiento, como dice Kelsen; no debe mandar lo imposible ni prohibir lo que de todos modos debe suceder por causas materiales). Sólo que Cerroni no se refiere, piensa él, al *contenido* de las normas, sino a su *forma*. Lo que dice es que, *incluso la forma de la norma*, su carácter de *igual* o, como también dice, de *abstracción*, es requerida por la sociedad capitalista para su reproducción.

Eso es cierto. Pero no se trata de *forma* como cree, sino de *contenidos*. Ya lo vimos respecto de Pashukanis. El hecho de que la norma moderna sea aplicada a todos los hombres por igual —aunque no hay una sola norma que no tenga alguna restricción en nuestro derecho— constituye lo que los juristas llaman, desde hace mucho, *el ámbito personal de validez*; es decir, Cerroni tiene razón cuando dice que en el mundo moderno el ámbito de validez personal de las normas es mucho más amplio que en el mundo, por caso, feudal. Pero ¿cómo lo sabe? Sólo porque la

[17] Adviértase que en Kelsen no hay la idea de que el derecho sea un técnica "pura". En Kelsen lo puro es, cree él, su teoría; no las normas.

norma lo dice; es decir, se trata de su contenido. No de lo que ella manda —la conducta descrita—, sino la cantidad de individuos que deben acatarla, claro; pero eso *también es el contenido* de la norma. No su *forma*. Por "forma", sólo puede entenderse las características lingüísticas del discurso jurídico. Y Cerroni lo sabe:

> Es cierto que en los casos apuntados (se refiere a los esclavos y a los privilegios feudales, O.C.) el *rasgo común* de la regla jurídica lo proporciona la imperatividad y la sancionabilidad autoritaria de la regla misma, mas ese rasgo común no nos permite conocer la especificidad diferencial que distingue, pongamos por caso, el privilegio feudal de la norma igual moderna. Y mientras prosigamos evidenciando el elemento común de la coercibilidad, para caracterizar la norma jurídica no lograremos poner en claro la naturaleza específica de la norma privilegiada feudal (su coherencia con la sociedad feudal) y necesariamente seremos reducidos a concebir el derecho feudal como si fuera un derecho que se halla limitado y anquilosado respecto a su culminación moderna, (*ibidem*, p. 90).

Obsérvese que la razón que da para decir que no hay que estudiar el "rasgo común", cuya existencia reconoce, es que ello no permite conocer la especificidad de la norma moderna, a saber: su generalidad. Pero no es una buena razón. Si existe un "rasgo común" no veo de qué manera se puede justificar el desentendimiento del mismo como objeto de estudio. No se puede justificar diciendo que entonces no comprenderemos que la norma moderna se aplica a todos. Por el contrario, no veo ningún inconveniente en entender esto último y sin embargo aceptar la utilidad del estudio del "rasgo común".

Pero además, lo que le permite a Cerroni decir que hay una norma "igual" es precisamente que ese rasgo común le da acceso a un fenómeno que observa, tanto en la sociedad antigua, como en la feudal y en la moderna. Es decir, de hecho, él ha utilizado ese "rasgo común" como concepto general de norma, que luego le permite reconocer eso que denomina "norma" en esas otras sociedades, y, finalmente, reconocer las diferencias. Con la diferencia, a favor de Kelsen, de que el estudio de la forma

permite no ocultar *el poder* que "alguien" ejerce en *toda sociedad* de que tengamos noticia.

9. *La norma típico-abstrayente*

Otra de las expresiones con las que Cerroni explica esto de la generalidad y la igualdad del derecho moderno, consiste en caracterizar la norma como "típico-abstrayente":

> ...la hipótesis de Marx (según la cual el derecho como regulación normativa —típico abstrayente— de las voluntades está referido a un tipo de sociedad...)..., (*ibidem*, p. 101).

Con esta expresión, Cerroni quiere referirse al hecho de que, en el mundo capitalista, las normas proceden tipificando una conducta y modalizándola luego como prohibida, permitida u obligatoria.

> La ley, en definitiva, no era igual para todos (se refiere al privilegio feudal, O. C.) ni todos eran iguales frente a ley. La orden jurídica por consiguiente, no podía asumir el carácter de tipicidad y abstracción que caracteriza a la norma jurídica moderna ni podía configurarse como una 'previsión general' de tipos de conducta que hacen abstracción de la singularidad de los individuos y de sus posiciones sociales. No podía por ejemplo, ligar sistemáticamente una sanción a una prescripción general condensada en las actuales fórmulas anónimas 'quien', 'cualquiera que'... Una norma redactada en los términos de cualquier artículo de nuestro Código Penal: 'todo el que cause la muerte a un hombre será sancionado con una reclusión no inferior a X años' fue durante mucho tiempo estructuralmente imposible, no sólo por la diversidad cualitativa de la pena...[18]

Claro que en el ejemplo que doy a continuación estamos totalmente a merced de la traducción, y alguien podría decir que

[18] Cerroni, U., *La libertad de los modernos*, Barcelona, Martínez Roca, 1972, p. 96.

se trata de una simple *versión* donde el traductor introduce subrepticiamente su propia concepción jurídica.

> Si un señor roba el niño menor de (otro) señor, recibirá la muerte. Si un señor ha dado plata a (otro) señor para (constituir) una sociedad, se repartirán a partes iguales, delante del dios, el beneficio o la pérdida que resultaren.

Se trata de dos cláusulas del Código de Hamurabi.[19] Para que lo que dice Cerroni más arriba sea aceptable, habría que explicar en qué se diferencian estas normas, de una sociedad donde según Cerroni no podía haberlas, de las normas modernas, *que no sea en el contenido.*

10. El derecho laboral

Es difícil aceptar que sea el derecho privado, y no el derecho laboral, el típicamente capitalista. Cualquiera hubiera pensado que si la sociedad capitalista se diferencia de cualquiera otra sociedad mercantil en que en la capitalista la producción misma se realiza a través de un intercambio mercantil, consistente en la compra-venta de la fuerza de trabajo, entonces la forma jurídica propia de tal sociedad, la forma jurídica *que no se encuentra en ninguna otra sociedad*, es la forma del derecho laboral. Y sólo a algunas cláusulas de esta rama jurídica le caben las ideas de Cerroni sobre la norma *igual*. A este respecto, Cerroni dice:

> ...si bien es cierto que el derecho moderno puede recoger una parte de la herencia romana, por otra parte nada puede heredar de la sociedad feudal típica en la que hay ausencia de fenómenos mer-

[19] *Código de Hamurabi*, Madrid, Editora Nacional, 1982, edición preparada por Federico Lara Peinado, pp. 93 y 101. Se trata de las cláusulas 13 y U—99. Seguramente podría decirse que la expresión "un señor" implica, como en el feudalismo, sólo una parte de la población. Además de que no lo sabemos con exactitud, lo que Cerroni dice es que no puede haber normas con la forma "si ... entonces ...", y eso, se muestra aquí, es falso. Ahora bien, si se refiere a quién es el que "si ...", volvemos a lo mismo, se trata del contenido de la norma, al ámbito personal de validez.

> cantiles y en la que la esfera pública permanece todavía englobada en la esfera privada, de manera que la soberanía sigue injertada en la propiedad, así como la propiedad sigue siendo directamente soberanía. Sólo al llegar al máximo de su expansión el ordenamiento jurídico moderno tenderá a las formas corporativas de la sociedad feudal; será entonces cuando, sin poder negar o destruir sus presupuestos privados materiales y bajo la presión de esferas privadas *privilegiadas*, tratará de fijar, incluso formalmente, las diferencias materiales para reaccionar contra la socialización reclamada por aquellos 'privados' que en su igualdad jurídico—formal ven al mismo tiempo las formas modernas de la desigualdad real y el trámite igualmente moderno hacia una posible y universal igualación material, (*Marx y...*, citado p. 96).

"Sólo al llegar al máximo de su expansión" la sociedad capitalista recogerá las formas corporativas propias del feudalismo para frenar los impulsos socializantes de los trabajadores. No creo que pueda referirse a otra cosa que al derecho del trabajo. Si es así, entonces habría que explicar porqué en un México que, con su constitución de 1917 se abría al desarrollo capitalista, —que estaba por tanto muy lejos de "llegar a su expansión máxima como sociedad moderna"—, pudo expresar jurídicamente los intereses corporativos en el derecho laboral, bastante antes que muchos países de "máxima expansión". Y si se dijera que precisamente se trataba de salvar los intereses corporativos de los explotadores frente al embate de las clases subalternas que, si no al calor de una "máxima expansión" si al favor de un revolución social apuntaban a la socialización, en América Latina son varios los ejemplos de producción de derecho laboral en países no revolucionarios y mucho antes de entrar en la etapa de "máxima expansión", de cuya culminación incluso actualmente podemos sospechar.

11. *La mediación*

Cerroni comenzó con la aceptación de que el derecho es bifronte, participante de dos mundos: los valores y los hechos.[20] Esto, en lugar de aceptar la vía abierta por Kelsen: el derecho es el sentido de actos de voluntad, que pueden o no ser eficaces. No hay dualismo por lo tanto.

Pero, partiendo del dualismo, para no "caer" en los errores de Kelsen, es necesario "mediar". Esta es una palabra clave en la jerga de Cerroni, y el punto en que hace consistir el núcleo de su concepción de la sociedad y la ciencia de ella, concepción filosófica que atribuye a Marx por lo demás.

Filosóficamente hablando, la *mediación* es la necesidad en la que cae todo dualismo que quiere reconstituir la unidad del mundo. Por el contrario, una filosofía monista no requiere de este procedimiento. Cerroni expresa esta necesidad metodológica de la ciencia social, de *mediar* entre *naturaleza* e *historia*, entre *ser* y *deber*, entre *realidad* y *valor*, entre *objeto* e *idea* en un lenguaje difícil:

> Marx pasa a formular un método nuevo, basado en la esencialidad y positividad del objeto (que, si se trasciende, vuelve acríticamente a estructurar las categorías 'puras'): la construcción científica debe estar fundada sobre la recíproca funcionalidad de la idea y del objeto, o sea, sobre una mediación real del objeto, sobre categorías-funciones que no se hipostasien y, consecuentemente, eviten el apriorismo y el cautiverio de la realidad trascendida. En cuanto se anticipa a la realidad, la categoría generaliza, sí, pero en cuanto es la suya una anticipación extraída de la realidad, no es hipóstasis, sino hipótesis-función del objeto, (*ibidem*, p. 14) ...cuando la

[20] "El problema se hace más explícito cuando lo observamos a través de la comprobación —hoy casi universal— de la profunda e inextrincable ambigüedad que caracteriza al derecho moderno, el cual, en cuanto se lo toma como valor, refluye en la ética sin positivizarse, y, en cuanto se lo toma como positividad, se confunde con la naturalidad de la fuerza sin que logre valorarse", (*ibidem*, p. 23). (No es todo lo claro que fuera dable desear por qué al tomarlo como valor "refluye a la ética sin positivizarse", y en cuanto se lo toma como positividad "se confunde con la naturalidad... sin que logre valorarse").

positividad de la sociedad se delega a su afirmación como *relación social determinada con la naturaleza*, como tipo histórico—natural determinado, la sociedad no se volatiliza en la *idea* de la misma. Nuestro conocimiento de ella se vuelve real y científico: cesa de ser autonocimiento del sujeto, para plantearse conscientemente como *relación social*. Está claro que en tal perspectiva queda sin fundamentos toda la tradición *filosófica* que a partir de la separación entre naturaleza y sociedad, necesidad y libertad, causalidad y finalidad,[21] procedía a la diferenciación de las ciencias naturales y sociales y sus métodos, no obstante que después, inevitablemente, registraba un retorno *no reconocido* de la naturalidad como soporte de los valores y la degradación de éstos a simple naturaleza, (*ibidem*, p. 22).[22] Nuestra tesis es que, en principio, la identificación del *derecho* como objeto de ciencia es posible sólo bajo dos condiciones: 1) que sea llevada a cabo, en forma radical, la separación del derecho positivo del derecho natural, y, en consecuencia, de la esfera de la pura eticidad,[23] y 2) que tal separación sea consistente, duradera y científicamente válida: en otros términos, que se concluya con una funcionalización del derecho respecto de una esfera que no sea ideal-normativa[24] ... algunos corolarios: ... que se establezca un nexo objetivo entre sociedad y naturaleza, capaz de eliminar las contradictorias 'reducciones' del derecho a la

[21] Adviértase que esto es lo que le reprocha a Kelsen.

[22] Inmediatamente después de este párrafo, penetra en el problema de la ciencia del derecho que ve así: "Las aclaraciones teóricas que hemos hecho permiten verificar su validez en lo que se refiere al problema de la ciencia del derecho. Se trata de demostrar que una especulación 'pura' en torno al derecho en general (la 'juricidad') puede conducir a dos conclusiones concomitantes: a) construir las categorías jurídicas abstraídas de las relaciones sociales determinadas. Esto significa conducir el derecho, una vez más... al órgano de la ética y de la filosofía en general...; b) construir categorías jurídicas que, en la medida en que tienen como fin ordenar la realidad,... reproducen una... sociedad mediada no ya por vínculos coercitivos directos, sino exclusivamente por el intercambio...", (*ibidem*, p. 23). Como se ve, su planteo consiste en decir que estos dos procedimientos son incorrectos. Hay que buscar un tercero, es decir "mediar" correctamente entre naturaleza y sociedad.

[23] Al parecer, reconoce que Kelsen ha intentado esto, aunque sin éxito porque no logra lo segundo.

[24] Esta "funcionalización" sería la que sostiene haber logrado, diciendo que la categoría "derecho" (norma "igual") es "funcional" respecto de la sociedad burguesa y sólo de ésta.

> idea[25] y del derecho al hecho,[26] de tal modo que la funcionalización no sea *exclusiva* del momento ideal del derecho, y al mismo tiempo se presente como *inclusiva* de su materialidad, (*ibidem*, p. 34). ...para concebir y definir el derecho es necesario diferenciarlo de la esfera ideal de los valores sin identificarlo con la esfera de la naturaleza, y, para discriminarlo de la naturalidad, es necesario reconocer y explicar al mismo tiempo su momento ideal. Más generalmente, una definición del derecho puede lograrse sólo a condición de que se realice una mediación de racionalidad e historia, de idea y realidad, de idealidad y materialidad, de sociedad y naturaleza; cuando el derecho sea concebido no sólo en cuanto estructura voluntario—normativa, sino también en cuanto estructura-material (relación económico—social),[27] (*ibidem*, p. 83).

Ahora bien, como queda claro en el último texto, la necesidad de tratar así el derecho proviene de una posición *filosófica* acerca de la diferencia entre naturaleza y sociedad. Pero esa diferencia es *puesta* por la concepción filosófica. Bien puede postularse un monismo según el cual la diferencia entre las normas y las conductas es la diferencia entre *hechos* y *discursos* acerca de esos hechos, o bien entre los juicios con los cuales valoramos las conductas y las conductas. Y si esto es así, no hay necesidad de plantear un marxismo que no pueda introducirse en el curso de la ciencia social contemporánea, que respecto del derecho plantea la posibilidad de analizar la forma por una parte, el contenido por la otra, y, finalmente, las causas y los efectos de los discursos vehiculizados en esa forma.

Ahora bien, Cerroni adjudica *dualismo* a Kelsen, a quien identifica con el kantismo, mientras que dice que el monista es el Marx que él encuentra. Para el dualismo, dice

25 Esto es, reducirlo a puro valor y hacerlo "refluir" en la ética.

26 Esto es, considerarlo únicamente como objeto de la *Sociología Jurídica*.

27 Como se comprende fácilmente, Cerroni —detrás de Pashukanis— quiere ver al derecho como relación social en el sentido marxista; esto es, de la misma manera como es relación social la mercancía o el capital. Pero el derecho sólo puede ser una forma normativa de las relaciones sociales; no las relaciones mismas, porque el derecho es un discurso acerca de ellas ("acerca" en sentido prescriptivo, no en el sentido descriptivo de los discursos).

> La relación entre idea y realidad (sociedad y naturaleza) resulta, pues, constantemente desequilibrada e inconexa, dado que se la construye siempre sobre bases idealistas, perdiéndose la *posibilidad* de lo particular, su heterogeneidad. Siendo así, la fundación idealista se transforma en una 'repetición' apologética de la realidad empírica, comprobando su infecundidad y su incapacidad de mediación, (*ibidem*, p. 84).

Verdaderamente, lo que reprocha no es el dualismo, sino el fracaso en su mediación. Pero ¿en qué consiste la mediación que propone?

> La hipótesis que se impone parece ser la siguiente: la relación idea-realidad, razón-historia, sociedad-naturaleza, debe ser concebida de modo tal que no se disuelva la especificidad que estructura los dos términos como heterogéneos,[28] es decir, que la relación unitaria de idea y realidad sea igualmente una relación disyuntiva, considerada como un *todo* conexo y articulado, al mismo tiempo, en términos no resolubles.[29] No obstante, la hipótesis comporta, primero, que la idea asimila en sí la realidad en cuanto totalidad *conocida* por el pensamiento y, después, que la realidad misma recomprenda en sí al pensamiento como totalidad *por conocer*, o sea, como totalidad diferenciada respecto del pensamiento, idealmente no—tratada y, por lo tanto, materialmente determinada, (*ibidem*, p. 85).

La dificultad de entender lo que quiere decir una totalidad "idealmente no-tratada" que por ello es "materialmente determinada", parece disiparse en la página siguiente:

> Emerge nuevamente la tesis marxista de acuerdo con la cual la sociedad aparece *presupuesta* al pensamiento como *cualquier* objeto

[28] Adviértase que postular dos términos heterogéneos implica postular dos sustancias; y, como en el caso de Santo Tomás, Descartes, Leibniz o Kant, una vez postuladas dos sustancias, no puede reconstruirse la unidad sino a costa de contradicciones insalvables.

[29] He aquí palabras que intentan producir la unidad después de postular la dualidad: "conexos", "articulados", relación disyuntiva, términos no resolubles (pero "articulados").

> científico, no obstante que se conciba como penetrable por el pensamiento:[30] dado que la realidad cognoscible es una realidad *no-ideal*, el pensamiento se presenta ... como *parte* de ella ... El pensamiento ... se presenta como parte y articulación del ser, y su actividad cognoscitiva se inscribe en el organismo general humano-natural de la realidad, (*ibidem*, p. 86).

No parece ser otra cosa que la vieja verdad de que el sujeto cognoscente es parte de aquello que se dispone a conocer. Pero todo el razonamiento conduce a equiparar conocer y valor por una parte, como objeto y relación social por la otra. Lo dice en otro artículo, en un capítulo que precisamente se denomina "el monismo de Marx"; aquí la cuestión de la inmersión del sujeto en el objeto aparece como relación "dialéctica":

> Por el contrario, denota preliminarmente la fundación de una dialéctica de heterogéneos para la que sujeto y objeto, valor y realidad, se encuentren en una relación que coimplique su positividad específica[31] ... Será ésta entonces, una relación en la que el valor alcanza su plena capacidad de ordenar lo real en la medida en que se constituye como una *totalidad* ideal que forma *parte* de la realidad, o sea, en la medida en que se estructura como *función ideal* de lo particular".[32]

Detrás de la dificultad para entender este lenguaje, no parece haber más que la otra vieja verdad de que, para ser efectivo, el derecho debe promover las conductas que la sociedad requiere que se promuevan. Con esto empieza a perfilarse la que será la conclusión final: el derecho —derecho *igual*— debe corresponder a un tipo de sociedad para que sea posible decir que verdaderamente tiene la capacidad de regularla. En definitiva, el problema de la mediación culmina en esto.

[30] Hasta aquí parece que no se trata de otra cosa que la convicción realista de que existe el ser fuera del pensamiento.

[31] Es decir, se trata de una "relación" de dos sustancias que no se ceden su individualidad.

[32] Cerroni, U., "Kelsen y Marx" en *Marx y el derecho Moderno*, citado, p. 182.

> En conclusión, el problema del monismo marxista[33] reside en la recuperación o mediación de las dos grandes tradiciones del pensamiento moderno, la normativa y la sociológica, lo que permite entender por un lado que el derecho es ordenamiento ideal de la sociedad mediante normas,[34] y por otro, que ésta no se reduce al kelseniano 'ordenamiento de conductas', sino más bien a una *positiva*, históricamente determinada relación social—natural, inagotable en la norma[35] y antes bien constitutiva de la misma como propia articulación y cumplimiento ideal que es.[36] Por el hecho de ordenar esta relación positiva, la norma es su forma ordenadora, pero por cuanto es una forma funcional de aquella relación no ideal sino materialmente determinada, es entonces la *forma de un contenido histórico*, (*ibidem*, p. 183).

Es decir, el monismo marxista, respecto del derecho, culmina en la comprobación de que no hay norma en general, sino norma *igual*, propia del mundo capitalista. Y a pesar de que Cerroni critica a Pashukanis, no se ve con claridad cuál es la diferencia, como no sea este planteamiento filosófico de la *mediación* que ciertamente no está en Pashukanis. Finalmente, la conclusión de Cerroni es que Kelsen no comprende que lo que él llama "norma", que es una técnica universal, es en realidad un técnica capitalista.

33 Adviértase que es impropio hablar de monismo cuando se postulan heterogeneidades que deben "mediarse": si fueran uno no requerirían mediación.

34 ¿No era que no había "normas" en general? La inconsistencia en el lenguaje, en este caso, no parece descuido, sino más bien la confesión de que para hablar de normas modernas, primero hay que saber qué es norma "en general".

35 No encuentro en Kelsen la fracción de su pensamiento que indique su intención de "agotar" la relación social en la norma. Además, ¿es realmente claro qué quiere decir "agotar la relación en la norma"?

36 Si esto quiere decir que no hay relaciones sociales que no sean vistas por los individuos que las mantienen, además, como "debidas", no creo que haya alguien que lo niegue. Pero nada más que eso. No se entiende qué quiere decir que la norma "constituye" la relación; tampoco qué quiere decir que es "articulación" de la relación. Y tampoco qué es "cumplimiento ideal" de la relación. Son todas palabras que no consiguen cubrir el hueco abierto por el dualismo original, que esas expresiones quieren vestir de monismo.

Capítulo XI

DEMOCRACIA Y JUSTICIA

1. La democracia y la paz

El volumen de Kelsen que hemos comentado anteriormente, *Teoría Comunista del Derecho y el Estado*, comprende en realidad dos obras. La segunda se denomina *La teoría política del bolchevismo*, que constituye otro estudio acerca de la dictadura stalinista. Es importante destacar que se trata de una obra en la que Kelsen se coloca, como siempre, en situación de científico, pero no deja ahora de aceptar que el objetivo es político. El problema planteado por el marxismo se le presenta, por entonces, como el problema de la paz internacional. Kelsen parece convencido de que la Unión Soviética, entonces con Stalin al frente, es un peligro para la paz mundial, porque no es una democracia.

En su momento, el libro seguramente fue visto como un ataque al socialismo, del que el stalinismo se sentía único depositario. Sin embargo, no es un libro anti-socialista, como que no hay ningún texto que pueda mostrarse en el que Kelsen se manifieste procapitalista. Se trata, éste, de un libro en el que Kelsen intenta separar *socialismo* de *dictadura del proletariado*. No era nuevo en realidad. Para él, el socialismo debe realizarse en un sistema político democrático, puesto que de lo contrario atentaría contra la naturaleza humana. De manera que este libro se convierte, también, en una discusión acerca de la diferencia entre democracia y socialismo por la vía de mostrar que es una confusión hablar de *democracia política* y *democracia económica*. El argumento que quiere expresamente rebatir, es que una dictadura pueda ser calificada de democracia por el hecho de que realiza una distribución más igualitaria de la riqueza. De paso, resulta que muestra también las raíces filosóficas de la dictadura, que encuentra en el racionalismo absoluto, Hegel por ejemplo, y la paradoja de una teoría que, como la marxista, tiene raíces ácratas pero desemboca en esta dictadura feroz. Todo esto le parece que

tiene que ver con el futuro de la humanidad. La introducción termina así:

> El propósito de este estudio es mostrar la paradójica contradicción que existe en el bolcheviquismo entre su teoría anarquista y su práctica totalitaria, y defender la verdadera idea de democracia contra el intento de destruirla y adulterarla presentando una dictadura de partido como la autodeterminación política de un pueblo libre. Se hace hincapié en particular sobre la prueba de que el lema de las dos democracias —político—formal la una, económico-sustantiva la otra— es equivocado. Hay aquí mucho más que una disputa terminológica. Está en juego la relación entre democracia y socialismo, (*TCDE*, p. 272)

Como se ve, a pesar de que como polémica contra la Unión Soviética está desactualizada, el problema tiene la mayor relevancia y actualidad para nosotros si se trata de la cuestión *democracia, socialismo y dictaDura.*

Este libro, nosotros, podemos leerlo útilmente, atendiendo a que Kelsen no tiene para nada en cuenta el problema del tercer mundo, al mismo tiempo que demuestra una ingenuidad política sobresaliente. Esta *Introducción* termina así:

> La tentativa rusa de establecer el socialismo mediante la revolución y la dictadura del partido comunista, ha encontrado un rival en el empeño del pueblo inglés por alcanzar la misma meta por el camino de la evolución y bajo una verdadera democracia en el sentido tradicional del vocablo. La interpretación de la democracia implica de ese modo la decisión entre dos procesos básicamente diferentes, decisión de la cual dependerá quizás la suerte de la humanidad, (*idem*).

Me pregunto si hubiera suscrito lo mismo luego de que el pueblo inglés convirtió a la Thatcher en el gobernante inglés más aceptado del siglo, y después de observar la democracia de la era reaganiana y su concepto de paz mundial.

2. *Concepto de "estado"*

Casi como si fuera una respuesta a Cerroni, Kelsen dice que la *Teoría del Estado* tiene por objeto contestar a la pregunta ¿qué es el *estado*?, pregunta que tiene una respuesta "general":

> Se puede contestar a estas preguntas sobre la base de un estudio comparado de los fenómenos sociales llamados estados, aunque los estados sean muy diferentes en períodos históricos diferentes y en áreas geográficas diferentes, (*ibidem*, p. 273).

Obsérvese que aún cuando el concepto se obtiene de la "observación" histórica, de todos modos lo que se observa es aquello que es llamado "estado"; es decir, se requiere un concepto previo, que luego puede o no ajustarse; pero siempre se requiere un concepto previo. La *Ciencia Política* de la que habla Kelsen, que se identifica con la *Teoría del Estado* comienza por los conceptos elaborados por la *Filosofía Política* que comenzó a desarrollarse con Maquiavelo. Estos conceptos de esas filosofías, produjeron la primera idea de "estado" que permite el primer análisis de que habla Kelsen, con el cual trabaja la *Ciencia Política* contemporánea para pulir sus categorías principales. Y así como Marx dice que los conceptos que él utiliza son "concretos de pensamiento", "síntesis de múltiples determinaciones", obtenidos ya no de las primeras aproximaciones del siglo XVII sino de la ciencia de su tiempo, así también puede decirse que el análisis político conduce a Kelsen a un concepto de *estado* cuyo átomo es la norma, como el átomo de la teoría marxista es *el valor*. De manera que, como tampoco *El Capital*, la teoría de Kelsen no es el resultado de la simple observación histórica. La definición que da, finalmente, es ésta:

> ... puede definirse el estado como un orden social, esto es, como un conjunto de normas que regulan la conducta mutua de los individuos, orden que se caracteriza por los siguientes elementos: es un orden coercitivo... Ello significa que este orden es un orden legal... relativamente centralizado. Instituye órganos especiales para la creación y aplicación de sus normas... en un territorio determinado, (*ibidem*, p. 273).

Nada nuevo, por lo demás. Todos estos elementos estaban ya en las primeras obras.

3. *Forma y fin del estado*

Por *forma* del estado Kelsen entiende la manera de crear y aplicar las normas. Puede decirse que se trata de un concepto *útil* de "democracia" el que resulta de esta idea de *forma* del estado. Util, porque resulta *claro*, y no requiere de complicadas discusiones su aplicación práctica. Kelsen dice que, por su *forma*, un estado es democrático si las normas que lo componen han sido establecidas con la participación de quienes estarán sujetos a ellas. Como se comprende, se trata de una *categoría* límite: se requiere que *todos* los miembros de la comunidad participen en la creación del orden, y que haya *unanimidad* respecto del contenido de las normas. Esto quiere decir que, así como un país es más o menos capitalista según responda más o menos al modelo de *modo de producción capitalista*, así también un estado concreto es más o menos democrático, según pueda decirse, luego de una investigación empírica, que las normas que lo componen han sido producidas más o menos de acuerdo con el modelo de *democracia*.[1]

Por el contrario, un estado es autocrático o totalitario si las normas que lo integran han sido dictadas sin la participación de quienes están sujetos a ellas. Se comprende que ningún estado es totalmente democrático o totalitario según esto. Se trata de *categorías* útiles. Claro que, como vimos, para Kelsen, además, se trata, la democracia, de un sistema que corresponde con la *naturaleza humana*.

Por otra parte, Kelsen llama *fines* del estado, al contenido de las normas jurídicas en relación con la cantidad de libertad que permiten a los ciudadanos. Si la finalidad del orden es lo más limitada posible, entonces la conducta de los ciudadanos es

[1] Riccardo Guastini ha hecho notar que la única vez que Kelsen ha opinado sobre una legislación en concreto, ha sido sobre la constitución soviética. Véase de este autor, "Kelsen y Marx" en *El otro Kelsen*, citado.

reglada apenas lo necesario para la sobrevivencia. El caso opuesto consiste en que el orden regula todos las conductas posibles de los ciudadanos. En este punto aparece, con claridad, cómo ve Kelsen, entonces, el problema del socialismo:

> La restricción de la libertad está en su mínimo y el grado de libertad individual está su máximo si: primero, las normas del orden coercitivo son creadas o aplicadas por aquellos cuya conducta es reglada por el orden (autonomía); segundo, si la finalidad del orden coercitivo es lo más limitada posible, de modo que la conducta mutua de los individuos es reglada sólo en cuanto sea necesario para proteger ciertos intereses vitales, como la vida y la propiedad (liberalismo). La restricción de la libertad individual está en su máximo y el grado de libertad en su mínimo si: primero, quienes se hallan sujetos al orden están excluidos de su creación y aplicación y esas funciones se reservan a un solo individuo o a un grupo relativamente pequeño de individuos, ...; y, segundo, si la finalidad del orden coercitivo es ilimitada en principio, de modo que la conducta mutua de los individuos es reglada en todos los aspectos posibles de la vida humana, en especial en relación con la vida económica y cultural... La nacionalización de la producción económica, quintaesencia del socialismo de estado, es la medida característica de expansión de la finalidad de un orden estatal hacia el totalitarismo.

Como se ve, lamentablemente, nada que no firmara gustoso el más reaccionario de los patrones, y que hemos oído centenares de veces como ideología oficial del estado norteamericano. En su ingenuidad, Kelsen piensa que su *Teoría del Estado*, "objetiva" y "científica" es independiente de la política.

En su descargo, digamos que habla de "socialismo *de estado*", lo cual es una calificación que supone la posibilidad de un socialismo que no sea "de estado", que es el tradicional reclamo al socialismo soviético. Es decir, podemos con toda legitimidad, entender que habla de lo que hoy llamamos "socialismo real". Pero obsérvese que, conforme a su propia *Teoría Pura del Derecho* un socialismo no puede ser sino un conjunto de normas, y por tanto, un estado.

4. *Democracia y distribución de la riqueza*

Estos dos criterios, forma y fines del estado, pueden combinarse, dice Kelsen, de modo que

> ...una democracia puede ser un estado liberal-capitalista, socialista, y aún totalitario..., (*ibidem*, p. 277).

Se comprende porqué: el socialismo puede ser producto de una decisión de la mayoría, y en ese caso sería democrático, aun cuando significara un alto grado de reglamentación de la vida de los ciudadanos. Sin embargo Kelsen se da cuenta de que esto no ocurre en la realidad, y agrega el "concepto corriente de democracia" que

> ...incluye, como elemento esencial... ciertas limitaciones a la potestad legislativa y ejecutiva del estado... no basta que sus ciudadanos participen directa o indirectamente en la formación de la voluntad del estado; además, la constitución debe garantizar a los ciudadanos libertad de conciencia, de palabra, de prensa, y en particular de asociación. La formación de partidos políticos... La posibilidad de hecho y de derecho de que exista más de un partido..., (*ibidem*, p. 276).

Kelsen no dice por qué estos nuevos elementos integran también el concepto de democracia, aun cuando van más allá del concepto *formal* que se reduce a la participación en la producción de normas. Pero podemos sospechar qué hubiera respondido:[2] es que la auténtica *participación* requiere *información* por una parte, —de allí la libertad de expresión—, y la posibilidad de constituir grupos de ciudadanos que permitan la participación, dado que en una sociedad medianamente compleja la participación tiene que ser *indirecta*, por representantes, lo cual requiere la existencia legal de grupos denominados "partidos políticos".

[2] Esta cuestión había sido tratada en *TGDE*, pp. 335 y ss.

No hace falta decir que esta ampliación del concepto de democracia es totalmente justa. Pero también es necesario decir que pone dentro del concepto algo que Kelsen parecía querer expulsar en la introducción: democracia política no es lo mismo que democracia económica; por el contrario, se trata, esto último, de una tergiversación. Sí, pero ¿cómo pensaría Kelsen que todos tendrían la misma posibilidad de información si, por ejemplo, los medios de comunicación son de propiedad privada, pero de quienes, generalmente, y sobre todo en las "grandes democracias occidentales", como se suele decir, no tienen ningún otro interés que la democracia económica, es decir, la de la libertad del *capital*? En lo que sí tenía razón, es en decir que en este problema se juega la suerte del socialismo y de la democracia.

5. *Racionalismo y dictadura*

Como es fácil imaginar, con toda razón Kelsen identifica el racionalismo absoluto con el origen filosófico del autoritarismo. Y destaca, también correctamente, que el autoritarismo marxista proviene de Hegel y de su dialéctica. No requiere aclaración la cuestión; no cabe ninguna duda que Hegel está entre quienes piensan que el estado es, como dios, la Razón del y en el mundo. Lo que me parece importante es que Kelsen advierte que, si bien la teoría del estado de Marx proviene de Hegel, de todos modos el marxismo es una doctrina política de carácter anarquista.

> Es altamente significativo que la más importante de todas las doctrinas anarquistas haya sido desarrollada, sobre una base filosófica que es sólo una leve modificación de la filosofía hegeliana de la historia, por un discípulo de Hegel, o sea Karl Marx ...y su amigo Friedrich Engels, (*ibidem*, p. 280).

A continuación, Kelsen muestra cómo una concepción de la historia, extraída de la dialéctica de la historia según Hegel, le sirve a Marx y Engels para postular la inevitabilidad —racionalismo— de la desaparición del estado. Kelsen tiene razón: se trata de un racionalismo, en el sentido metafísico fuerte, el que conduce a Marx y Engels a la idea de que el estado desaparecerá. Esto

es interesante, porque, con razón también, Kelsen recuerda quiénes son los clásicos anarquistas anteriores o contemporáneos, como Prudhon, Bakunin, Kropotkin y, dice, "el gran León Tolstoi", todos los cuales, digamos nosotros, pertenecen a la vertiente no racionalista —no quiero decir "irracionalista"— de la cultura europea. Es precisamente el marxismo, "el más importante" de los anarquismos, el que proviene de la vertiente del racionalismo absoluto.

6. *El anarquismo marxista*

Pero, ¿por qué es el marxismo un anarquismo? Kelsen distingue entre la *Teoría del Estado* o *Teoría Política* y lo que llamaríamos *Filosofía Política*. Esta última contesta a la pregunta, ética, acerca del *valor* del estado. Kelsen dice que no es una ciencia objetiva, sino una *opinión* acerca del estado, en lo cual nunca ha habido consenso ni nunca lo habrá. Con razón, creo.

> Hay y ha habido siempre pensadores que sostienen que el estado es el máximo bien y es una necesidad absoluta para la civilización; y hay otros que declaran que el estado es un mal, el mal social por excelencia y, de consiguiente, reclaman su abolición y su reemplazo por una sociedad libre, esto es, sin estado. Esta última opinión es la doctrina del anarquismo, (*ibidem*, p. 278).

Y como ya lo había destacado Lenin, Kelsen recuerda que la

> ...diferencia entre los teóricos políticos del marxismo y los llamados anarquistas está sólo en que los últimos exigen la abolición del estado mediante una acción revolucionaria, en tanto que los primeros predicen una desaparición automática del estado después que la dictadura del proletariado, el estado proletario, haya sido establecido por medio de la revolución socialista. En cuanto del ideal social se trata, el marxismo es anarquismo, (*ibidem*, p. 283).

7. *Del anarquismo al stalinismo*

Kelsen recuerda que

> En la literatura socialista de fin del siglo XIX y de comienzos del siglo XX, la teoría marxista del estado, especialmente su tendencia revolucionaria y su objetivo final de una sociedad anárquica, fue más o menos ignorado o suprimido, (*ibidem*, p. 283).

Recuerda luego al Lenin de *El estado y la revolución*, que es un Lenin que reafirma el objetivo final de la sociedad anárquica, pero también, y muy duramente, que el estado intermedio es una *dictadura*.

Pero todas sus baterías son enfocadas contra Stalin. Finalmente, Kelsen termina mostrando cómo el ideal de una sociedad futura sin estado es trastocada, en Stalin, en una visión de un futuro muy lejano, de socialismo mundial, de modo que

> ... la meta final del comunismo parece ser transferida a un futuro tan distante que difícilmente valga la pena examinar seriamente la cuestión de saber si es realmente posible una sociedad sin estado, y especialmente si el reemplazo de la anarquía económica del sistema capitalista por una economía estrictamente planificada es compatible con la anarquía política de la fase final del comunismo, (*ibidem*, p. 312).

Pero la crítica de Kelsen es en dos frentes: por una parte a este stalinismo que desfiguraba el marxismo original, pero también, por otra parte, contra ese marxismo original que planteaba la desaparición del estado:

> La doctrina de que el estado se irá extinguiendo cuando se establezca el socialismo se basa en la utópica presunción de que en una sociedad socialista no habrá razones para violar el orden social..., (*ibidem*, p. 301).

Parecería una contradicción si no supiéramos que Kelsen piensa que siempre habrá estado, es decir un orden social. Hasta aquí, en que concluye la primera parte de la obra, lo que intenta

es descalificar el stalinismo por relación con el marxismo original respecto del tema de la extinción del estado, aun cuando él mismo también está en desacuerdo con Marx y Engels, no sin dejar en claro la simpatía que tiene por ese anarquismo original. En una segunda parte, descalificará al stalinismo por relación con la idea original del marxismo respecto de la democracia.

8. Del anarquismo a la dictadura del partido

Ahora Kelsen muestra el largo viaje del marxismo, desde su ideal democrático original, hasta la dictadura del partido comunista de la Unión Soviética. Recuerda los textos de Marx y Engels en los que la conquista del poder por el proletariado será la consecución de la democracia, los textos sobre la democracia de la Comuna de París, e incluso los textos que muestran que Marx y Engels no descartaban la posibilidad de la revolución pacífica en algunos países. Al final del viaje, de nuevo es Stalin el objeto de sus más duras críticas: ha acabado aún doctrinalmente con el originario sentido democrático para terminar glorificando la dictadura del partido comunista que, incluso, dice, ejerce la

> ...violencia contra todos los miembros individuales de la clase trabajadora que no siguen la línea del partido comunista. Este hecho, junto con la exclusión de todos los otros partidos, justifica perfectamente el uso del término 'dictadura de partido', (*ibidem*, p. 334).

Pero la parte más importante de todo su alegato se encuentra en el eslabón intermedio: el tratamiento concedido a Lenin. En primer lugar lo separa de Trotsky y Bujarin a quienes muestra como los bolcheviques antidemocráticos frente a los mencheviques democráticos (p. 322), en razón de que los primeros aceptaban lisa y llanamente que el gobierno soviético era una dictadura. En cambio Lenin,

> ...que aspiraba ser no sólo un líder político sino también un marxista ortodoxo, sostuvo la doctrina de su maestro, según la cual la

transformación del proletariado en clase dominante se identifica con el establecimiento de la democracia, (*ibidem*, p. 324).

Es decir, Kelsen ve en Lenin el punto de sutura entre la aspiración democrática originaria y el resultado final con el stalinismo. Y la cuestión está, precisamente, en lo que dijo en la introducción que trataría: la sutil transformación, o tergiversación, en Lenin, de la democracia en socialismo. Pero estas seis páginas constituyen también exactamente el punto en que la posición de Kelsen pasa de ser "objetiva" y "científica", a un alegato completamente sumergido en la arena política. Lo cual es, por lo demás, inevitable: es imposible pretender hablar del estado, la democracia, el socialismo, la política, sin *hacer* política. Estas páginas demuestran que lo que Kelsen creía, o quería hacer creer, a saber: que la ciencia nada tiene que ver con la política, es una equivocación en él, y una patraña en sus seguidores.

9. *Democracia como "forma"*

Kelsen define "democracia" como un conjunto de normas que permiten la participación real de los gobernados en la producción de las demás normas. Por tanto, dice, es una *forma* que puede recibir cualquier contenido, tanto el socialismo como el capitalismo. Como primera observación, digamos que no se trata exactamente de una *forma* puesto que se refiere al *contenido* de las normas constitucionales: tales normas deben ordenar conductas que permitan la participación ciudadana. Porque podría haber, las hay, normas que la prohíben. Entonces, la democracia no es una *forma* en el sentido en que puede ser *forma* la estructura lingüística de las normas. La democracia constituye un *cierto contenido* de las normas constitucionales. Como segunda observación, Kelsen no tiene en cuenta que la democracia crea *órganos*, como todo derecho, que *deben* interpretar y aplicar las normas; y esto porque, según él nos ha demostrado, toda actuación de un órgano constituye creación de normas, con excepción del último acto, que es *cumplimiento* y que también puede constituir un acto

antidemocrático.[3] Entonces no basta que las normas constitucionales sean democráticas: es rigurosamente necesario que todo el proceso estatal de hegemonía constituya una cascada de normas y conductas *democráticas*. Esto es crucial, porque, como él mismo ha demostrado, en el fondo, el órgano tiene la posibilidad de conducirse arbitrariamente. Si esto es así, la democracia, no mirada solamente en la constitución, sino vista como proceso estatal de hegemonía, requiere de una *cultura democrática*. Y esto último, me parece, es lo que está ausente en Kelsen, como lo demuestra en estas páginas: no se daba cuenta —me niego a creer que sí se daba cuenta y no lo dijo— de que para que la democracia sea más que una idea, para que sea una forma de hacer política, se requiere la posibilidad real de que todos participen. Y es exactamente en este punto, donde *democracia* y alguna forma de *socialismo* son inseparables. Que es lo que él, precisamente, quiere combatir: dice que sostener esto es desnaturalizar la democracia.

10. Capitalismo y democracia

Contra Lenin, que quiere mostrar que en el capitalismo no hay verdadera democracia, Kelsen dice que no es necesariamente cierto que en el capitalismo no pueda haber democracia. Ciertamente, *Kelsen no dice que toda democracia deba ser capitalista, ni que el capitalismo es necesariamente democrático* como quisieran oírle decir los apologetas del estado actual y los empresarios que entienden por democracia eso que ya sabemos. Esta tarea de refutación a Lenin, Kelsen la hace sobre la base de ejemplos concretos, y revelan la idea que tenía del mundo en que vivía.

[3] Es muy frecuente que los dictadores sean elegidos democráticamente, y que, por ese solo hecho, se autocalifiquen de "democráticos". Lo importante no es, por tanto, solamente, cómo se establezcan las normas y las autoridades, sino además cómo se conducen los órganos estatales.

10.1. *Reforma y revolución*

La primera objeción contra el marxismo, en realidad se endereza contra Marx y Engels.

> El reconocimiento de la democracia como forma de gobierno del estado proletario no se compagina muy bien con la doctrina de que el único medio de establecer ese estado es el empleo revolucionario de la fuerza, lo cual no es por cierto un método democrático..., (*ibidem*, p. 316).

Podemos acordar, ciertamente, en que el uso de la violencia no constituye una conducta que pueda ser vista como el cumplimiento de normas democráticas. Eso es cierto. Cabría de todos modos preguntarse si Kelsen reprobó el uso de la fuerza para derrocar al nazismo y construir la civilizada democracia de la Alemania actual. Si lo hizo, podemos dar por seguro que también hubiera reprobado el uso de la violencia para el derrocamiento de la dictadura somocista.

Está ausente en este Kelsen una reflexión acerca de los motivos por los cuales sucede, con o sin nuestro placer, la violencia revolucionaria. Podríamos pensar que Kelsen no tenía para nada en cuenta a América Latina, por ejemplo, lo cual sería sin duda una buena dosis de ingratitud habida cuenta del éxito de sus obras en este continente, y del afecto de que ha sido objeto. Pero es impensable que desconociera realidades políticas europeas como las de Irlanda o la del País Vasco, que son, aunque marginales, problemas europeos. Tampoco podía ignorar las razones de la violencia —revolucionaria, porque la produjeron principalmente los comunistas— ejercida por la resistencia francesa o la italiana. Kelsen despacha el problema sin ninguna consideración importante, con un lacónico "no es un método democrático". Podría creerse que es para guardar la "pureza" de su razonamiento. Pero no es así porque cuando se trata de defender las democracias "occidentales", sí se interna en detalles sin titubear. La defensa del socialismo occidental adquiere esta forma:

> Si, en una república democrática con una economía capitalista, existe precisamente la situación política que permita a la revolución proletaria establecer el estado proletario como una democracia —que el proletariado forme la mayoría del pueblo y esté dispuesto a reemplazar el capitalismo por el socialismo— no hay razón para emplear la fuerza. La nacionalización de los medios de producción y todas las demás medidas necesarias para abolir la explotación, las diferencias de clases y los antagonismos de clases, pueden llevarse a cabo mediante actos legislativos y administrativos, de una manera pacífica y constitucional. Es exactamente lo que está ocurriendo ahora en Inglaterra bajo el gobierno del partido laborista, (*ibidem*, p. 317).

Una nota, seguramente del editor, nos recuerda que este texto es de 1949. Vale recordar que Kelsen murió en 1973. El mismo año que Salvador Allende, pero éste a consecuencia de una campaña antidemocrática generada en la gran democracia donde murió Kelsen.[4] Y en su cabeza los latinoamericanos supimos que las grandes democracias no admitirán de buena gana ninguna experiencia democrática si no les conviene. Adviértase que en esta obra, que Kelsen llama "científica" y "objetiva", hace una virtual apología del laborismo británico, de modo que no correspondería argumentar que el ejemplo chileno está fuera de circunstancia. Adviértase también que Kelsen parece poner como condiciones para que sea aceptable una legislación socialista, el hecho de que la clase obrera sea la mayoría de la población, lo cual no sucede en ninguna parte. Pero puede

> ... suceder que en un estado capitalista cuya constitución es plenamente democrática, el proletariado no forme la mayoría del pueblo,

[4] Me pregunto; si la democracia consiste en participar en la producción de las decisiones que nos afectan ¿cuál es la oportunidad que tenemos, nosotros, de participar en las decisiones que toman las grandes democracias y que nos afectan? Desde este ángulo ¿qué derecho tienen a decirnos que son, no sólo democracias, sino las democracias? ¿O será que una democracia, en el concepto de Kelsen, era una forma de estado puramente nacional, de modo que, mientras sus ciudadanos estén conformes, no importa que rapiñen a otros pueblos, siempre que no sea a ellos?

> o que a pesar de formar la mayoría no haya una mayoría socialista; o que existan dos o más partidos socialistas opuestos unos a otros. No cabe duda de que a menudo pasa así, y ello explica el porqué es posible una verdadera democracia en un estado capitalista. En esas circunstancias políticas, es una evidente ficción hablar de que la minoría, o sea la burguesía, oprime a la mayoría, es decir, al proletariado..., (*ibidem*, p. 319).

Este, efectivamente, es el caso de la mayoría de los países del mundo occidental, incluidos nosotros. Pero, según Kelsen, en este caso es una "ficción" sostener que la burguesía oprime al proletariado. Pues bien, entre nosotros, no sólo al proletariado, sino al 80% de la población: las estadísticas demuestran que en América Latina el 40% de la población vive por debajo de los niveles de pobreza absoluta, mientras que el 60% padece de desnutrición. Agreguemos un modesto 20% de obreros que ven reducir año con año sus salarios reales, ¡y que nos digan que es una ficción que la burguesía oprime a la mayoría del pueblo!

Kelsen continúa este párrafo así:

> En esas circunstancias políticas, un movimiento revolucionario para la realización del socialismo puede conducir sólo a una verdadera dictadura, la dictadura de la minoría sobre la mayoría, y especialmente a la dictadura de un partido socialista.

Vale la terrible pregunta: si el 40% que padece hambre tuviera la auténtica posibilidad de elegir entre seguir sin comer o la dictadura contra la "mayoría", ¿qué elegiría? Kelsen termina:

> Puede suceder que en muchos países, y aun en aquellos que tienen una constitución democrática, la situación política sea del tipo arriba mencionado. Sólo entonces es necesaria la revolución para realizar el socialismo; y entonces el socialismo es incompatible con la democracia. Parece que fueron estas las circunstancias en que se estableció el socialismo en la Rusia Soviética.

10.2. *Capitalismo y democracia*

Refutando a Lenin, que intenta decir que el socialismo es la verdadera democracia puesto que en realidad en el capitalismo ésta no existe, Kelsen señala que todo eso es una exageración.

> Estas afirmaciones en parte están en abierta contradicción con los hechos y en parte son groseras exageraciones. En la mayoría de las democracias capitalistas, las mujeres no están excluidas del sufragio,[5] y las 'calificaciones por domicilio'[6] carecen, como norma, de efecto decisivo sobre el resultado de las elecciones. La afirmación de que los 'edificios públicos no son para los mendigos' difícilmente puede ser tomada como una crítica seria a cualquiera de las democracias existentes; y es ciertamente imposible hablar de una organización 'puramente' capitalista de la prensa en vista del hecho innegable que en todas las democracias capitalistas existen —debido a la libertad de prensa— diarios socialistas que a veces tienen una notable influencia política. Si la difusión de estos diarios no es a veces tan grande como la de los diarios burgueses no es por cierto debido a ninguna 'opresión', (*ibidem*, p. 329).

Kelsen dice que todas estas críticas a la democracia de los países capitalistas es, si no mentira, exageración. Y da un motivo: si fuera cierto lo que Lenin dice, entonces ¿por qué dice que la democracia capitalista es fundamental para la lucha por el socialismo? Si la democracia fuera una pseudodemocracia, entonces no podría prestar ese servicio. Obviamente Kelsen no quiere considerar el hecho de que un régimen político puede ser una pseudodemocracia y sin embargo ser políticamente más favorable que una dictadura militar. No podemos decir que no lo sabía

[5] Kelsen pasa por alto el hecho de que el texto que está criticando (*El estado y la revolución*) había sido escrito treinta años antes.

[6] Kelsen está comentando esta cita de Lenin: "Si miramos más de cerca, tanto los 'pequeños —los llamados pequeños detalles del sufragio (calificaciones por domicilio, exclusión de las mujeres, etcétera) ... en los obstáculos reales al derecho de reunión (¡'los edificios públicos no son para los mendigos'!), en la organización puramente capitalista de la prensa diaria, etc., etc., vemos en todos lados restricción tras restricción a la democracia..."

dados sus antecedentes de perseguido político. Y tampoco podemos decir que desconocía el poder de la prensa, utilizado hasta sus últimas consecuencias por los nazis, ni podemos creer que, escribiendo en Estados Unidos, ignorara el poder antidemocrático, por desinformador, de la prensa norteamericana controlada por los grandes capitales. ¿Es que nunca advirtió el escaso nivel político de los norteamericanos?[7] Le parece verdadero decir:

> Según Lenin, el estado capitalista no es una verdadera democracia a causa de ciertas restricciones, que en verdad no existen o carecen de importancia decisiva, (*ibidem*, p. 329).

10.3. *Imperialismo y democracia*

Comentando otro texto de *El estado y la revolución*,[8] dice Kelsen:

> La afirmación de que en Gran Bretaña y en los Estados Unidos predominan 'instituciones militares burocráticas, que todo lo someten y pisotean' era aún en 1917, durante la primera Guerra Mundial, una burda exageración. Si se la considera como una descripción de la situación de ambos países en tiempo de paz, carece de todo fundamento. Ninguna constitución democrática puede funcionar en tiempos de guerra sin restricciones.[9] Pero en tiempo de paz puede haber imperialismo, militarismo y burocracia y, sin embargo, estar en vigencia una constitución democrática que haga

[7] Estadísticas han demostrado que escaso número de norteamericanos saben donde queda Centroamérica, lugar donde su gobierno gasta una inmensa cantidad de dólares para apoyar su democracia. Claro que Kelsen no presenció esto. Pero cuando escribió esta obra, los norteamericanos eran tan ignorantes como ahora respecto de saber dónde quedaba, por caso, Corea.

[8] Es el siguiente: "Hoy, en 1917, en la época de la primer gran guerra imperialista, ya no es válida esta excepción hecha por Marx (en su carta a Kugelmann). Inglaterra y Norte América, los más grandes y los últimos representantes de la 'libertad' anglosajona —en el sentido de ausencia del militarismo y burocracia— se han arrojado de cabeza en el sucio y sanguinario pantano, común a toda Europa, de las instituciones militares burocráticas, que todo lo someten y lo pisotean".

[9] Lo cual, para la gran democracia del norte, no corre respecto de Nicaragua.

posible que una mayoría socialista lleve al poder, por medios pacíficos, un gobierno socialista, (*ibidem*, p. 319).

Kelsen piensa que en las grandes democracias occidentales, en tiempos de guerra, sólo hay algunas restricciones a la democracia. De donde resulta que en tiempo de paz la democracia es la mejor posible. ¿Qué valor tiene para nosotros esta afirmación?

En primer lugar, que los demócratas de las grandes democracias, jamás intentan explorar la pregunta acerca de cuánta democracia podrían disfrutar sin la transferencia neta de recursos desde el tercer mundo.[10] Porque es obvio, aunque Kelsen quiere negarlo, que esas democracias son posibles por el considerable grado de bienestar obtenido por los obreros y otros sectores no favorecidos por el desarrollo capitalista. Pero ese bienestar no hubiera sido posible sin la extracción de valor de ese mundo que somos nosotros. Incluso actualmente, sin el subsidio que representa el ínfimo precio que nos pagan por el petróleo, el trigo, el café, por decir sólo algo,[11] tampoco podrían mantener

[10] En las grandes democracias, el poder desinformador de la prensa "libre" permite que los ciudadanos de esos países ignoren absolutamente que su bienestar está montado sobre nuestra pobreza. Pero, más aún, se ha desarrollado, o más bien la prensa ha desarrollado, la idea de que no es cierto que subsiste el imperialismo, y de que no es cierto que viven a costillas nuestras. Leo en el periódico Excélsior del 14-9-88 (p. 2, columna 3): "... Durante la entrevista con el cotidiano italiano, Iglesias afirmó que el servicio de la deuda externa implica una transferencia de recursos hacia los países acreedores de 4 por ciento del producto bruto interno de América Latina...". "El 4%". Se dice rápido... Y finaliza la nota: "Acto seguido, Iglesias procedió a describir una dramática radiografía de la situación latinoamericana: 'La década de los ochenta ha sido descrita en más de una ocasión como un período perdido para el desarrollo económico y social de América' y agregó que la crisis se refleja en la disminución de 9% del ingreso per cápita del ciudadano medio de la región, y aseguró que alrededor de 130 millones de personas (¡más que Inglaterra, Alemania y Francia, las grandes democracias, todas juntas!) viven en condiciones de pobreza crítica." ¡Y no existe el imperialismo!

[11] Leo en Excélsior del 14-9-88, p. 2, columna 1 (firma *The Economist*, de Londres): "Las tasas de interés en dólares están al alza y los precios del petróleo a la baja ...Cada punto porcentual que suben las tasas de interés representa mil millones de dólares para los intereses anuales de Brasil y 500 millones de dólares

su desarrollo ni sus grandes democracias. Cuando Kelsen dice que democracia y redistribución de la riqueza no son términos que se coimpliquen, está diciendo que nada tiene que ver la democracia conseguida en esos países con el bienestar de sus habitantes. Para los demócratas del mundo desarrollado —para los no demócratas, ni hablar—, la democracia parece ser el don de algún dios que puso algo en los habitantes de allá, que no puso en los habitantes de acá. Creen que no nos gusta la democracia, que simplemente somos bárbaros, incultos y que, desde luego, nos merecemos los que tenemos. El imperialismo resulta algo así como un invento con el que autojustificamos nuestra propia ineptitud.

Cuando Kelsen dice que el imperialismo no es óbice para que esté en vigencia una constitución democrática, e incluso para que sea posible un tránsito legal al socialismo, sin duda que se refería a aquel mundo. Porque en éste, resulta casi un cinismo decir que el imperialismo no es óbice para la democracia. El imperialismo no será obstáculo *allá*. Pero, por lo que a nosotros respecta, no han permitido ningún experimento democrático, y cuando hemos estado cerca, como en los ochenta, nos han ahogado con el pago de la deuda, cuyos intereses suben según sus intereses.

para Argentina. La debilidad del precio del crudo afecta a México y Venezuela con mayor fuerza ...". Téngase en cuenta que, según Kelsen, la democracia consiste en participar en la creación de las normas que nos afectan. Pero las grandes democracias afectan a todo el mundo con las normas que permiten subir los intereses, sin que por ello consideren necesario consultar a los interesados. Pero no por ello son menos democracias... Eso sí, leo en esa nota que los "banqueros internacionales están cansados de la ineficiencia de Argentina y por lo menos dos de los directores ejecutivos del FMI comienzan a preguntarse si vale la pena elaborar un programa económico para Argentina". En realidad parece que la eficiencia pueda ser una solución: es de esperar que, como todos los usureros, abandonen la presa que ya no pueden estrujar...

Kelsen, a pesar de vivir en California, de ser personalmente miembro de una minoría étnica,[12] al parecer nunca tomó nota de lo que la democracia norteamericana significa para las minorías mexicanas residentes precisamente allí a la vuelta de su casa. (Y en 1949 al problema racial no era distinto que hoy). Si la democracia consiste en la participación de los habitantes en la formación de la leyes a las que se sujetará ¿creería que las minorías étnicas, en la gran democracia del norte, sufrirían lo que sufren si hubieran sido consultadas? Tal parece que esta cuestión no ingresa a su pensamiento ni obstaculiza para nada su convicción de que aquellas son verdaderas democracias. Tal vez son; pero para ellos.

11. Democracia y redistribución de la riqueza

En su análisis del eslabón intermedio de la larga marcha del marxismo, desde el anarquismo a la dictadura de partido, Kelsen encuentra en Lenin el punto donde se ha desnaturalizado la democracia para identificarse con socialismo.

> ...como se ha señalado, la democracia es en primer lugar una *forma* específica del estado, no un *contenido* específico del orden estatal. No puede negarse que el sistema económico capitalista puede coexistir con el más alto grado posible de democracia... es una inaceptable confusión de conceptos negar que un estado cuya constitución satisface todos los requisitos de la democracia como forma de gobierno sea una democracia porque el sistema económico de ese estado es —a pesar de su forma democrática de gobierno— capitalista, no socialista ... la forma política democrática es compatible tanto con un sistema económico capitalista como con uno socialista, como contenido. E igual cosa es cierta con respecto de la forma política autocrática. Si un dictador, por una u otra razón, establece o mantiene un sistema económico socialista, su gobierno sigue siendo una autocracia y no adquiere carácter democrá-

[12] Y no sólo para mexicanos y otras minorías la gran democracia del norte es una patraña. Mientras Kelsen escribía esto, Charles Chaplin, y otros muchos actores, allí mismo en California, estaban tan prohibidos como pocos años antes Kelsen lo estaba en su patria.

tico. Pero ésta es precisamente una de las tendencias ocultas en la argumentación de Lenin: hacer pasar por democracia a la dictadura del proletariado, no porque satisfaga los requisitos de ese sistema político como forma de gobierno, sino porque establece el socialismo. Identificar socialismo y democracia implica intentar sustituir ésta por aquél, (*Ibidem*, p. 327).

La pregunta es: si la democracia es un orden según el cual los gobernados participan, *libremente* desde luego, en la creación del orden, ¿puede haber democracia si el sistema económico sepulta en la pobreza, la ignorancia y la desinformación a la mayoría de la población? Kelsen puede decir, junto con todos los demócratas del mundo capitalista, que allí no sucede esto último. Aunque nos reservemos la opinión al respecto, de todos modos la cuestión es que en este mundo *sí* sucede eso: la mayoría de la población vive sometida por el hambre, la inseguridad, la ignorancia, la enfermedad. Supongo que eso no necesita demostración. Cuando menos para ningún latinoamericano.

Analicemos la cuestión a la luz de lo que hemos aprendido de Kelsen.

11.1. *La participación electoral*

El primer acto de un proceso democrático es, sin duda, la realización de elecciones libres. De otra manera, no parece posible imaginar siquiera que pueda hablarse de "participación de los gobernados en la producción del orden estatal". En este punto es donde la limitación que Kelsen quiere poner al concepto de democracia, resulta quizás más frágil. Según Kelsen, para que exista democracia es suficiente que el orden garantice que su producción sucederá con la participación de los gobernados. Pero todos sabemos que tal participación equilibrada entre los sectores y clases sociales, resulta únicamente de la posibilidad real de acceso a las costosas políticas, muy costosas, y a la información y difusión de la ideas por los medios masivos de comunicación. Pero Kelsen, precisamente, dice que el control de la prensa por parte de los capitalistas no es óbice para un desarrollo plausible de la democracia. La falsedad de su afirmación es bastante obvia.

Con lo cual cae su propuesta de que puede ser considerado democrático un estado donde el control de la prensa corresponde a los capitalistas,[13] y, sobre todo, su afirmación de que socialismo y democracia son términos que no se coimplican.

La falacia resulta evidente: si la propiedad privada de los medios masivos de comunicación corresponde al gran capital o incluso al gobierno que protege a las oligarquías, ¿cómo es posible que alguien crea que se puede desarrollar una conciencia socialista que permita avances democráticos y pacíficos en tal sentido? Y quienes así lo dicen, luego son los que se asombran de los brotes de violencia guerrillera. Por una parte, no quieren soltar ni las migajas de su poder económico ni permitir el desarrollo democrático de las ideas a través de los medios que controlan dictatorialmente, y por el otro promueven, a través de esos mismos medios de comunicación, la represión de todo descontento popular. Es necesario elegir: o la democracia y la paz, o la opresión y la guerra. Pero para elegir lo primero, es necesario estar dispuesto a permitir que el movimiento socialista y las fuerzas sociales que pudieran impulsarlo, tengan efectivamente acceso a la democracia. Y eso no puede conseguirse sino a través de una legislación que, de alguna manera, redistribuya la riqueza generada por los trabajadores. Es por eso que, cuando menos entre nosotros, resulta falso que socialismo y democracia no se coimplican.

11.2. *La creación de la ley general*

Que un gobierno es democrático resulta, a primera vista, de que ha surgido de elecciones libres, y de que sus leyes son establecidas en un parlamento donde participan distintos partidos políticos en carácter de "representantes" de los ciudadanos. Por lo tanto parece que la principal tarea de la democracia, es la de producción de las leyes generales. Según Kelsen habría democracia si los legisladores tienen absoluta libertad para expresar su

[13] Kelsen incluso parece decir que es precisamente porque hay libertad de empresa que existe la libertad de prensa.

voto en el sentido de la presunta voluntad de los representados. Sin embargo, para que eso tenga algunos visos de realidad, es necesario que los representados tengan la posibilidad jurídica y la suficiente conciencia cívica como para ejercer algún tipo de control[14] sobre sus diputados, por ejemplo a través de su militancia cotidiana en los partidos. Sin embargo ya los griegos habían descubierto que la militancia democrática depende de las condiciones económicas de los ciudadanos. Fue Pericles, dice Aristóteles,[15] quien comenzó con la práctica de pagar a la salida de la asamblea cuando menos lo que ganaba un artesano durante un día de trabajo. Es que se dio cuenta de que la única manera de garantizar la asistencia del pobrerío en que se apoyaba, era asegurar su ingreso diario; de lo contrario, quienes asistían eran únicamente los oligarcas. Hoy las cosas no son diversas. Es más, en la gran democracia del norte, sólo los millonarios o sus empleados de lujo, como asesores jurídicos y económicos, tienen oportunidades reales de figurar en los puestos de mando, desde luego con excepciones, no demasiado numerosas. De la misma manera, las posibilidades que los pobres tienen de participar en la militancia cotidiana, es infinitamente menor que la que tienen los empresarios, por ejemplo. De modo que no puede sostenerse, seriamente, que el apoyo y crítica a sus diputados, sea igualmente posible para unos y otros.

La prensa tiene también aquí su lugar preponderante. No puede existir participación política real de los gobernados respecto de la actividad legislativa, si no existe información confiable. Kelsen, como muchos, cree que eso se garantiza exclusivamente por la existencia de la libertad de empresa en el renglón periodístico. Cree que con eso se garantiza la existencia de periódicos socialistas, a veces de gran influencia política. Tal vez eso es

[14] "A fin de establecer una verdadera relación de representación, no es suficiente que el representante sea nombrado o elegido por el representado. Es necesario que el representante se encuentre jurídicamente obligado a ejecutar la voluntad del representado, y que el cumplimiento de esta obligación se halle garantizada jurídicamente", (*TGDE*, p. 344).

[15] Véase *Constitución de Atenas*, cap. 27.

cierto; pero allá. Aquí, el periódico socialista siempre trabaja apremiado económicamente, o sus reporteros amenazados por los sicarios del gran capital. Esto significa que las condiciones para participar en esta actividad democrática principal, la legislación general, requiere, como requisito esencial, de formas económicas en las que los no capitalistas tengan la misma oportunidad que ellos. De lo contrario, que no nos hablen de democracia bien formada. Aceptemos que cualquier forma de participación es mejor que ninguna: pero eso no es lo mismo que democracia.

11.3. *El proceso estatal de hegemonía.*

Hemos aprendido con Kelsen que la legislación no es exclusivamente el acto de dictado de la ley general, sino que cada orden producida por un funcionario es una norma. Pues bien: ¿qué se requiere para que el gobernado pueda participar en la producción de esas normas de segundo o tercer rango? Al parecer la posibilidad, *real*, de recurrir toda clase de actos arbitrarios de los órganos del estado democrático. Esta es una posibilidad que la ley, en términos generales, acuerda a los ciudadanos de nuestros países. Pero, ¿pueden ejercerlas realmente? La mayoría no. Las razones son muchas. Pero se pueden reducir a dos. De parte de los ciudadanos, falta de recursos, empezando por la dificultad de pagar un abogado, y una notable falta de conciencia cívica, pero no gratuita, sino generada por la ancestral experiencia de que "son campanas de palo las razones de los pobres". Y del lado del estado democrático, también dos: falta de recursos para poner al alcance de sus ciudadanos la justicia (sabemos que los tribunales están tan recargados que resultan inoperantes), y una notoria falta de educación cívica de los funcionarios, que generalmente ignoran en absoluto qué sea eso de la democracia.

11.4. *La interpretación de la ley*

Con Kelsen también hemos aprendido que la interpretación de la ley es un acto político. De modo que la única manera de que exista la democracia es garantizando que todos los funcionarios la interpreten con el sentido de *in dubio pro* ciudadano. Esto

requiere que el poder acepte una educación democrática en las escuelas de jurisprudencia. La suerte del Kelsen combatiente contra el estado en nuestras escuelas de leyes, da las pauta de la situación en que se encuentra la educación de los juristas. Pero también es necesario garantizar un acceso igualitario para las clases que pudieran apoyar el socialismo, primero a la educación necesaria para formar entre los intérpretes de la ley, y luego el acceso efectivo a los puestos gubernamentales donde se realiza esa interpretación. Pero no basta que, como suele suceder, simplemente se deprecie la educación al favor de la masificación estudiantil, de modo que cualquiera, sin mucho esfuerzo, pueda ser jurista, mientras quienes detentarán los cargos fundamentales se preparan en universidades privadas y del extranjero. La posibilidad de competitividad, para las clases subalternas, debe ser *real*.

11.5. *La defensa de los derechos humanos*

Ciertamente no es posible hablar de democracia sin la posibilidad real de defender los derechos acordados por el estado democrático a los ciudadanos. Desde luego, los juristas sensibles a la democracia existen. El problema está en que también son el blanco preferido de las fuerzas antidemocráticas. Pero da la casualidad de que esos asesinos son pagados, *siempre*, por el gran capital. No se conocen casos en los cuales los muertos o los presos sean capitalistas y abogados de explotadores. Y cuando esto sucede, proviene de sectores de izquierda tan antidemocráticos como los otros, de modo que deben ser equiparados. Nada más que esos "ajusticiamientos" suceden precisamente por tratarse de movimientos guerrilleros cuya existencia sólo pueden explicarse por la existencia previa de situaciones de clara injusticia social. ¿Acaso puede pensarse la pervivencia de movimientos armados en el primer mundo, que no sea marginalmente, como en Irlanda o el País Vasco, o importados de países donde la explotación del mundo civilizado continúa, como en el caso de los países árabes? Lo cierto es que la guerra desatada contra los defensores de los derechos humanos, en América Latina cuando menos, es financiada por el capitalismo y los terratenientes.

Desde luego que todo ello, que es contrario a la democracia, no sucedería si viviéramos alguna forma de socialismo. Sin un mínimo de redistribución de la riqueza, no tiene cabida ninguna democracia. Entonces ¿cómo es eso de que democracia y socialismo son independientes?

11.6. *La ideología y el poder*

Con Kelsen hemos aprendido que el poder se oculta tras el derecho. Que frente al poder, no hay más que el contrapoder. Que, en el límite, el poder consiste en la hegemonía, en primer lugar sobre los cuerpos armados. Pero también sabemos que la hegemonía se logra con el convencimiento, con la creación de una cultura. Conocemos los mecanismos a través de los cuales se genera la aceptación de la visión del mundo del grupo en el poder. No por otra razón, junto con los abogados, los profesionales más asesinados son los periodistas. Pero nunca se trata de dueños de periódicos, con alguna honrosa excepción, sino de los trabajadores de la crónica que, por casualidad, son los denunciadores de la antidemocracia y los peculados de las clases poseedoras.

No cabe de ninguna manera aceptarle a Kelsen, ni a nadie, que el control por parte de los capitalistas de los medios masivos de comunicación no afecta a la democracia. Y mucho menos confundir democracia con la libertad de control de la empresa periodística por el gran capital, que lógicamente, ellos llaman "libertad de prensa". Y precisamente el caso de la gran democracia del norte es el mejor ejemplo.

En el mundo moderno, la construcción de la visión del mundo por parte del grupo en el poder, sucede a través de los medios masivos de comunicación, principalmente la televisión, por su capacidad de transmitir mensajes portados por imágenes. Esto no requiere mayor demostración. Por lo tanto, no hay ninguna democracia que pueda coexistir con el control absoluto

de estos medios por uno de los grupos sociales, precisamente el más antidemocrático[16] y corrupto[17] de la sociedad.

12. Democracia, socialismo y cultura

La democracia de que habla Kelsen, es inviable si no se acompaña de una cultura democrática. Democracia no es solamente un conjunto de normas que garantizan la participación en la creación del orden estatal, sino, además, una cultura necesaria para la eficacia de tales normas. La democracia consiste en un conjunto de normas y una cultura para respetarlas.

Ahora bien, el desarrollo de una cultura democrática, tema que no aparece en Kelsen, requiere de la *educación* para la democracia. Aristóteles decía que debía educarse aristocráticamente en las aristocracias y democráticamente en las democracias. La idea era la de *reproducir* la sociedad sin conflictos sociales. Pero el problema de la *educación* como *quid* de la cuestión de la paz social, está ya plenamente configurada en la doctrina de Platón. Y desde luego sabemos que toda educación es dictatorial, en el sentido de que el educando no es consultado, sino sometido a planes establecidos a los que no puede oponerse, si es que no es el caso de que existen desde antes de su nacimiento. La educación en la democracia tampoco es consultada con el educando; y en ese sentido, como toda *educación* es arbitraria.

Pero lo principal es saber quién es el sujeto principal de la educación. Las oligarquías latinoamericanas, con sus generales al frente, y con sus Kissinger atrás, han sostenido, desde siempre, que no somos pueblos preparados para la democracia y merecedores de ella. Es por eso que, generosamente, ello están siempre dispuestos a hacernos el favor de gobernarnos mientras tanto conseguimos llegar a ser, nadie sabe cómo, dignos de esa desconoci-

[16] En América Latina, los grandes capitalistas y terratenientes, jamás han apoyado un gobierno democrático.

[17] En América Latina, y qué suerte que en el mundo de Kelsen no es así, la corrupción consistente en violar las propias leyes generadas para proteger un "sano" desarrollo capitalista, corre a cargo de los propios capitalistas. ¿Cómo podrían los pobres ser corruptos?

Desde luego que todo ello, que es contrario a la democracia, no sucedería si viviéramos alguna forma de socialismo. Sin un mínimo de redistribución de la riqueza, no tiene cabida ninguna democracia. Entonces ¿cómo es eso de que democracia y socialismo son independientes?

11.6. *La ideología y el poder*

Con Kelsen hemos aprendido que el poder se oculta tras el derecho. Que frente al poder, no hay más que el contrapoder. Que, en el límite, el poder consiste en la hegemonía, en primer lugar sobre los cuerpos armados. Pero también sabemos que la hegemonía se logra con el convencimiento, con la creación de una cultura. Conocemos los mecanismos a través de los cuales se genera la aceptación de la visión del mundo del grupo en el poder. No por otra razón, junto con los abogados, los profesionales más asesinados son los periodistas. Pero nunca se trata de dueños de periódicos, con alguna honrosa excepción, sino de los trabajadores de la crónica que, por casualidad, son los denunciadores de la antidemocracia y los peculados de las clases poseedoras.

No cabe de ninguna manera aceptarle a Kelsen, ni a nadie, que el control por parte de los capitalistas de los medios masivos de comunicación no afecta a la democracia. Y mucho menos confundir democracia con la libertad de control de la empresa periodística por el gran capital, que lógicamente, ellos llaman "libertad de prensa". Y precisamente el caso de la gran democracia del norte es el mejor ejemplo.

En el mundo moderno, la construcción de la visión del mundo por parte del grupo en el poder, sucede a través de los medios masivos de comunicación, principalmente la televisión, por su capacidad de transmitir mensajes portados por imágenes. Esto no requiere mayor demostración. Por lo tanto, no hay ninguna democracia que pueda coexistir con el control absoluto

de estos medios por uno de los grupos sociales, precisamente el más antidemocrático[16] y corrupto[17] de la sociedad.

12. *Democracia, socialismo y cultura*

La democracia de que habla Kelsen, es inviable si no se acompaña de una cultura democrática. Democracia no es solamente un conjunto de normas que garantizan la participación en la creación del orden estatal, sino, además, una cultura necesaria para la eficacia de tales normas. La democracia consiste en un conjunto de normas y una cultura para respetarlas.

Ahora bien, el desarrollo de una cultura democrática, tema que no aparece en Kelsen, requiere de la *educación* para la democracia. Aristóteles decía que debía educarse aristocráticamente en las aristocracias y democráticamente en las democracias. La idea era la de *reproducir* la sociedad sin conflictos sociales. Pero el problema de la *educación* como *quid* de la cuestión de la paz social, está ya plenamente configurada en la doctrina de Platón. Y desde luego sabemos que toda educación es dictatorial, en el sentido de que el educando no es consultado, sino sometido a planes establecidos a los que no puede oponerse, si es que no es el caso de que existen desde antes de su nacimiento. La educación en la democracia tampoco es consultada con el educando; y en ese sentido, como toda *educación* es arbitraria.

Pero lo principal es saber quién es el sujeto principal de la educación. Las oligarquías latinoamericanas, con sus generales al frente, y con sus Kissinger atrás, han sostenido, desde siempre, que no somos pueblos preparados para la democracia y merecedores de ella. Es por eso que, generosamente, ello están siempre dispuestos a hacernos el favor de gobernarnos mientras tanto conseguimos llegar a ser, nadie sabe cómo, dignos de esa desconoci-

[16] En América Latina, los grandes capitalistas y terratenientes, jamás han apoyado un gobierno democrático.

[17] En América Latina, y qué suerte que en el mundo de Kelsen no es así, la corrupción consistente en violar las propias leyes generadas para proteger un "sano" desarrollo capitalista, corre a cargo de los propios capitalistas. ¿Cómo podrían los pobres ser corruptos?

da forma de gobierno. En realidad, el sujeto de la educación democrática, entre nosotros, pero creo que por todas partes, no son los pobres sino los capitalistas y terratenientes. Es mentira que el pueblo no está preparado para la democracia. Quienes no están preparados son ellos, militares y curas preconciliares a la cabeza, que son quienes han sido educados en la obediencia no participante. Por el contrario, las comunidades indígenas, los campesinos, los obreros, los vecinos de las barriadas pobres, los estudiantes, no sólo están preparados para la democracia, sino que la practican; o la practicarían si no fuera por la interferencia de personajes sociales que, como los caciques y caudillos locales, son protegidos por los capitalistas y terratenientes para conseguir la obediencia a través del trabajo sucio que hacen éstos. Y, a nivel de país en general, el rol de gendarme lo cumplen los cuerpos armados que realizan el trabajo sucio por el que luego llegan incluso a ser condenados, como en el caso Argentino, mientras sus patrones disfrutan sus riquezas en deliciosos cruceros mediterráneos.

Ahora bien, la cuestión aparece enseguida como una petición de principios: para educar es necesario el poder de ordenar que la educación sea de tal o cual sentido, o simplemente de que la haya. Pero resulta que en América Latina el poder no pertenece a los sectores interesados en ello. ¿Qué es primero? ¿La socialización de los medios de educación, hoy en manos de los capitalistas, o la educación de éstos para que acepten ponerlos al servicio de la democracia? Un buen ejemplo del dilema lo ha puesto la empresa libre y La Prensa —que es una empresa— de Nicaragua.

Siempre sostuvieron ellos que la libertad implica capitalismo libre y control de la prensa por el libre capitalismo. Y el poder revolucionario les ha permitido subsistir en un esfuerzo por no estatizar todo el aparato educativo. Sin embargo, a poco tiempo de andar la revolución, la prensa "libre" y la libre "empresa" se convirtieron en una de las armas de la gran democracia del norte, del imperialismo que según Kelsen no obsta a la democracia, para hostilizar a un pequeño pulgarcito con el cuento de que amenaza la tranquilidad del sueño del gigante. El dilema está sobre la mesa: no hay democracia sin educación democrática, ni hay educación democrática si los medios de educación están en poder

de las clases no democráticas. ¿Cómo puede sostenerse que democracia es sólo un conjunto de normas? Cuando menos es necesario que garantice una cultura democrática. Y en este punto en América Latina, el obstáculo es la incultura de los grandes capitalistas y los terratenientes.

13. Justicia y democracia

Kelsen escribió que no sabía qué es la Justicia puesto que cada uno tiene su propio concepto de ella, y, además, tiene derecho a tenerla. Y dijo que lo máximo que podía decir es qué era eso *para él*:

> ...tan sólo puedo decir qué es la justicia para mí. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí, aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.[18]

Desde luego, nadie está interesado en saber qué es la justicia para mí. Pero si hubiera tenido la oportunidad de que mi opinión fuera importante, hubiera aprovechado para decir que la justicia consiste en que ningún niño del mundo padezca enfermedad o desnutrición. Luego, todo lo demás.

[18] Kelsen, H., *Qué es la justicia*, Buenos Aires, Leviathan 1981, p. 120.

ÍNDICE

Capítulo I

LAS DIFICULTADES DEL MARXISMO—LENINISMO

Capítulo II

KELSEN, LA CIENCIA JURIDICA CONTEMPORÁNEA Y EL MARXISMO

Capítulo III

LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE KELSEN

Capítulo IV

LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Capítulo V

EFICACIA DEL DERECHO Y HEGEMONÍA POLÍTICA

Capítulo VI

EL ESTADO ¿IMPUTACIÓN O SUPERESTRUCTURA?

Capítulo VII

EL ORIGEN Y LA DESAPARICIÓN DEL ESTADO

Capítulo VIII

MARXISMO Y JUSNATURALISMO

Capítulo IX

KELSEN VS. EL MARXISMO LENINISMO

Capítulo X

LA CRÍTICA DE LOS MARXISTAS CONTRA KELSEN

Capítulo XI

DEMOCRACIA Y JUSTICIA

FILOSOFIA, POLITICA Y DERECHO

1. **INTRODUCCION A LA SOCIOLOGIA JURIDICA**
   Óscar Correas
2. **IDEOLOGIA, ESTADO Y DERECHO**
   Adolfo Sánchez Pereira y Ever Valencia Araujo
3. **KELSEN Y LOS MARXISTAS**
   Óscar Correas

DIÁLOGO ABIERTO

1. **La pasión por el discurso** ***–cartas a los estudiantes de comunicación***
   Daniel Prieto Castillo
2. **La querella de Martín Luis Guzmán**
   Fernando Curiel
3. **Las siete lámparas de la arquitectura**
   John Ruskin
4. **Retórica y manipulación masiva**
   Daniel Prieto Castillo
5. **Punto y línea sobre el plano**
   Wassily Wasilievich Kandinsky
6. **El origen de la vida**
   Alexander Ivanovich Oparin
7. **Diseño y comunicación**
   Daniel Prieto Castillo
8. **De lo espiritual en el arte**
   Wassily Wasilievich Kandinsky
9. **¿Qué es una constitución?**
   Ferdinand Lassalle
10. **La fiesta del lenguaje**
    Daniel Prieto Castillo
11. **La enciclopedia secreta**
    Francisco Guzmán Burgos
12. **El sutra de la serpiente** ***–Antigua poesía budista***
    Carmen Dragonetti
13. **Rizoma**
    Gilles Deleuze, Félix Guattari
14. **El suicidio**
    Emile Durkheim
15. **La poesía del Quebec**
    Antonio Urello
16. **Introducción a la literatura fantástica**
    Tzvetan Todorov
17. **La división del trabajo social**
    Emile Durkheim
18. **Democracia posible** ***–El diseño político de Max Weber***
    Griselda Gutiérrez
19. **Las actividades básicas de las artes plásticas**
    Juan Acha

20. **Las formas elementales de la vida religiosa**
Emile Durkheim
21. **El miedo a la cirugía**
G. Vasconcelos Palacio, M. Vasconcelos Allende
22. **Comunicación en los valores** ***–hacia un modelo de comunicación radial***
Eduardo Garza Cuéllar
23. **Alegoría de la creación**
Héctor Ceballos Garibay
24. **La ética protestante** ***–y el espíritu del capitalismo***
Max Weber
25. **Telenovelas, televisión y comunicación:** ***el caso de México***
F. Javier Torres Aguilera
26. **El juego de pelota prehispánico** ***–y sus supervivencias actuales***
Lilian Scheffler, Regina Reynoso, Víctor Inzua C.
27. **El político y el científico**
Max Weber
28. **El origen de la familia** ***–la propiedad privada y el estado***
Friedrich Engels
29. **Cultura y comunicación**
Francisco Prieto
30. **Foucault y el poder**
Héctor Ceballos Garibay
31. **Literatura e ideología** ***–el primer Mariano Azuela (1896-1918)***
Jorge Ruffinelli
32. **La libertad**
Arthur Schopenhauer
33. **Sociología de la religión**
Max Weber

COLECCIÓN

REINO IMAGINARIO

1. **El Zarco**
   Ignacio Manuel Altamirano
2. **Cuentos de la selva**
   Horacio Quiroga
3. **Carta al padre**
   Franz Kafka
4. **Otra vuelta de tuerca**
   Henry James
5. **Manuscrito encontrado en Zaragoza**
   Jan Potocki
6. **Confidencia africana**
   Roger Martin du Gard
7. **La casa del confín del mundo**
   William Hope Hodgson
8. **Historia del ojo**
   Georges Bataille
9. **Teresa filósofa**
   Anónimo
10. **Noa-Noa**
    Paul Gauguin
11. **El prisionero de Zenda**
    Anthony Hope
12. **La paradoja del comediante**
    Denis Diderot
13. **Manual de civismo**
    Pierre Louÿs
14. **La navidad en las montañas**
    Ignacio Manuel Altamirano
15. **El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde**
    Robert Louis Stevenson
16. **El proceso**
    Franz Kafka
17. **La novela de Violeta**
    Alejandro Dumas
18. **Hojas de hierba** ***–versión íntegra de la edición definitiva en inglés de 1891–1892 por Francisco Alexander***
    Walt Whitman
19. **Tierra baldía/Cuatro cuartetos**
    T.S. Eliot

Este libro se imprimió bajo el cuidado de Ediciones Coyoacán S.A. de C.V. Hidalgo 47-2, Coyoacán, en el segundo semestre de 1994. El tiraje fue de 1,000 ejemplares más sobrantes para reposición.